This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

WIDENER LIBRARY
HX GFEE N

AH 7203.141

Harvard College Library

FROM

THE LIBRARY OF

PROFESSOR E. W. GURNEY,

(Class of 1852).

Received 29 June, 1891.

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Achtzehnten Theils erste Abtheilung.

Erlangen

in der Palmischen Verlagshandlung.

1816.

~~XL 9255~~
AH 7203.141

Harvard College Library,
29 June 891.
From the Library of
Prof. E. W. GURNEY.

Fortsetzung des Titels

Locati conducti.

§. 1061.

Endigung des Mieth- oder Pacht-Contracts.

Die Erlöschungsgründe dieses Contracts [1]) sind sehr verschieden. I. Gemeine, als mutuus dissensus, wenn der Contract noch von keinem Theile erfüllt ist; eben so, wie bey dem Kaufcontract [2]); desgleichen Verletzung über die Hälfte, ohne Unterschied, es mögen Sachen oder Dienste vermiethet worden seyn [3]). II. Eigenthümliche. Diese können a) in einer Verabredung der Partheyen beruhen. Dahin gehört 1), wenn die in dem Contract bestimmte Zeit abgelaufen, und der Contract nicht

1) *Gottl. Wilh.* DINKLER Diss. de modis dissolvendi contractum locationis conduct. rerum *Lipsiae* 1726.

2) §. *ult. I. Quib. mod. tollit. obligat. L. 80. D. de Solution.* BRUMMER Exerc. de locat et cond. Cap. V. §. 83. Man sehe auch den 17 Th. dieses Commentars §. 1027.

3) BRUMMER Exercit. cit. Cap. V. §. 9. et 10. und Th. 17. §. 1049. S. 342 f.

nicht erneuert worden ist [4]). Es kann auch bey der Verdingung eines Werks verabredet worden seyn, daß wenn es binnen einer gewissen Zeit nicht würde geliefert werden, dem Besteller freystehen solle, dasselbe durch einen Andern verfertigen zu lassen, wobey denn aber freylich vorauszusetzen ist, daß die dem Ersteren gesetzte Zeit ganz abgelaufen seyn müsse, ehe die Arbeit einem Andern übertragen werden kann [5]). Es muß auch dem Erstern möglich gewesen seyn, binnen der bestimmten Zeit die Arbeit zu vollenden [6]), welches dem billigen Ermessen der Sachverständigen überlassen bleibt. Fordert etwa der Zweyte für eben diese Arbeit mehr, so muß der Erstere dem Besteller des Werks diesen Schaden ersetzen, wofern nicht etwa noch sonst ein Interesse wegen der Zeitversäumniß erweißlich gemacht werden könnte.

L. 13.

4) *L. 11. Cod. h. t.* Invitos conductores seu heredes eorum post tempora locationis impleta non esse retinendos, saepe rescriptum est. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 39.

5) *L. 72. §. 1. D. de Verbor. obligat. L. 124. D. eodem.* HAASE de opere locato et conducto. Exerc. iur. civ. Rom. II. Cap. I. §. 4. Westphal vom Kauf, Pacht ꝛc. §. 959.

6) Wäre eine so kurze Zeit bestimmt worden, daß binnen derselben die Vollendung des Werks ganz unmöglich gewesen, so ist der ganze Contract nichtig, denn man nimmt an, es sey keinem Theile ein Ernst gewesen, denselben zu schließen §. 5. *I. de Verb. obligat. L. 2. §. 6. D. de eo quod certo loco. L. 24. D. de operis libertor. L. 31. D de obligat. et act. L. 185. D. de div. reg. iur.* WILLENBERG Exercit. cit. de opere conducto §. 11.

L. 13. §. 10. *D. h. t.* ULPIANUS *libro* 32. *ad Edictum.* Si lege operis locandi comprehensum esset, ut, si ad diem effectum non esset, relocare id liceret, non alias prior conductor ex locato tenebitur, quam si eadem lege relocatum esset: nec ante relocari id potest, quam dies efficiendi praeterisset.

L. 58. §. 1. *D. h. t.* LABEO *libro* 4. *Posteriorum a* JAVOLENO *epitomatorum.* In operis locatione erat dictum, *ante quam diem effici deberet*: deinde, si ita factum non esset, quanti locatoris interfuisset, tantam pecuniam conductor promiserat. Eatenus eam obligationem contrahi puto, *quatenus vir bonus de spatio temporis aestimasset*: quia id actum apparet esse, ut eo spatio absolveretur, sine quo fieri non possit [7].

Daß auch der Verhinderung des Werks selbst dem Unternehmer, desselben kein Hinderniß dürfe in den Weg gelegt haben, versteht sich [8]. War schon ein Theil des Werks fertig, es ist aber durch einen Unglücksfall alles wieder vernichtet worden, so daß das ganze Werk von vorne wieder

7) *L. 39. D. de reg. iur. L. 105. D. de verbor. obligat. L. 23. D. de obligat. et action.*

8) *Ant.* FABER in Rational. ad Pand. hat diese Worte irrig so verstanden, als ob die Verpflichtung einer unmöglich zu beobachtenden Zeit den bonae fidei Contracten als nicht beygefügt angesehen werde. Allein diese Meinung widerlegt mit Recht *Barth.* CHESIUS Interpretat. iuris Lib. I. cap. 22. p. 103. sqq. (*Liburni* 1657. *f.*). Man sehe auch Westphal §. 959. S. 722.

wieder angefangen werden muß; so erlischt der Contract nicht, wenn nun das neue Werk nicht binnen der Zeit fertig wird, die noch zur Vollendung des erstern übrig war; sondern es muß jetzt dem Arbeiter die ganze Zeit wieder gestattet werden.

L. 15. *D. de Verbor. obligat.* POMPONIUS *libro* 27. *ad Sabinum.* Et ideo haesitatur, si aliqua pars insulae facta sit, deinde incendio consumta sit, an integrum tempus computandum sit rursus ad aedificandam insulam, an vero reliquum duntaxat exspectandum, quod deerat? et verius est, ut integrum ei detur.

2) Der Verabredung der Partheyen zu Folge endiget sich auch der Contract, wenn die Bedingung desselben nicht erfüllt wird. Z. B. der Unternehmer eines Werks hatte einen zu niedrigen Kosten-Anschlag gemacht. Hier kann der Besteller von dem Contract abgehen, wenn sich nachher der Irrthum entdeckt, und hatte er dem Unternehmer bereits das Geld dazu vorgeschossen, so muß dieser den noch nicht verwendeten Theil desselben wieder herausgeben. Sollte gar ein Dolus meinerseits des Unternehmers erweislich seyn, so würde das volle Interesse, mithin auch Ersatz des schon verwendeten Geldes gefordert werden können b).

L. 60.

b) S. *Guil. Wynnerus* Selectionum Lib. III. cap. 3. in *Thes. iur. Rom. Ottonis.* T. II. pag. 85. *Wissenbach* cit. Diss. II. Cap. VI. §. 1. und *Westphal* §. 1018.

18) *L.* 13. §. 1—3. *D. de act. Emti Vend. Jac.* CUJACIUS Observation. Lib. XIX. cap. 22.

L. 60. §. 4. D. h. t. LABEO *Posteriorum libro 5. a Iauoleno epitomatorum.* Mandavi tibi, ut excuteres, quanti villam aedificare velles; renuntiasti mihi, decentorum impensam excutere: certa mercede opus tibi locavi; postea comperi non posse minoris trecentorum eam villam constare: data autem tibi erant centum, ex quibus cum partem impendisses, vetui te opus facere. Dixi, si opus facere perseveraveris, ex locato tecum agere, ut pecuniae mihi reliquum restituas.

Auſſer der Verabredung können aber auch b) andere rechtmäßige Urſachen eintreten, welche 1) den Contract von ſelbſt aufheben. Dahin gehört, a) Untergang der vermietheten oder verpachteten Sache, oder des zur Erbauung eines Hauſes dem Baumeiſter angewieſenen Platzes [11]). b) Erwerbung des Eigenthums der gemietheten Sache [12]). c) Tod einer der Partheyen, inſofern auf ihre Perſon Rückſicht genommen worden iſt [13]); auſſer-

11) *L. 9. §. 1. D. h. t.* Weſtphal §. 1027. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 689. HAASE cit. Exerc. II. Cap. VI. §. 4.

12) *L. 9. §. ult. D. h. t.* wo Ulpian ſagt: Si alienam domum mihi locaveris, eaque mihi legata vel donata sit, non teneri me tibi ex locato ob pensionem. Sed de tempore praeterito videamus, si quid ante legati diem pensionis debetur? Et puto solvendum. Nur für das Vergangene kann alſo noch actio locati erhoben werden. Weſtphal §. 919.

13) *L. un. §. 9. Cod. de caducis toll.* (VI. 51.). S. HAASE cit. Commentat. II. de opere locato et conducto. Cap. III. §. 6.

äusserdem hört der Contract durch den Tod der Partheyen nicht auf, da die beyderseitigen Verbindlichkeiten auf die Erben übergehen [14]), wenn auch selbst die Verfertigung eines Werks wäre verdungen worden [15]). Hätte jedoch der Vermiether die Dauer des Contracts von seinem Belieben abhängig gemacht, so ist der Contract, wenn er ihn nicht schon bey seinem Leben aufgekündiget hat, wenigstens mit seinem Tode erloschen [16]). d) Erlöschung des Rechts

14) § 6 *J. h. t. L.* 19. § 8. *D. L.* 10. *et* 11. *Cod. eodem. L.* 18. *Cod. de iure dot.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand h. t. §. 58.

15) *L.* 13 *Cod. de contrah. et commit. stipulat.* (VIII. 38.) *Em.* MERILLIUS Exposit. in *L.* Decision. Iustiniani. Nr. X. pag. 23. cit. *Neapol.* 1720. 4. und HAASE cit. loc. Seltsam ist der Fall, welcher in der *L.* 15 *Cod. eodem.* entschieden wird: Si quis spoponderit insulam, *cum moriebatur*, aedificare stipulatori, impossibilis veteribus videbatur huiusmodi stipulatio: sed nobis sensum contrahentium discutientibus, *verisimile esse videtur hoc inter eos actum, ut incipiat quidem contra morientem obligatio, immineat autem heredibus eius, donec ad effectum perducatur.* Nemo enim ita stultus invenitur, ut putaret, posse tantum aedificium in uno momento horae extolleri: vel summi, qui moritur, talem habere sensum, quod ipse sufficeret ad huius operis completionem. *Sancimus itaque, si quid tale evenerit, heredes eius teneri, ut factum, quod mortis tempore facere promisit, hoc heredes eius adimpleant, quasi speciali heredis mentione habita, licet hoc minime fuerit expressum.*

16) *L.* 4. *D. h. t.* Locatio, precariive rogatio ita facta, *quoad is, qui eam locasset, dedissetve, vellet, morte eius, qui locavit, tollitur.* Denn der Wille hört mit dem Tode auf. *Ant.* PEREZ Praelect. in Cod. Lib. IV. Tit. 65. nr. 37. BRUMMER Cit. Exercit. Cap. V. §. 14.

Rechts des locators an der verpachteten oder vermietheten Sache. Dieß ist der Fall, wenn der locator ein blos temporäres Recht an der Sache hatte, wie z. B. der Usufructuar. Hat dieser das nutznießliche Grundstück auf mehrere Jahre verpachtet, und er stirbt vor Endigung der Pachtzeit, so hört der Pacht auf, und es findet gegen den Erben desselben kein weiterer Anspruch Statt. Ja wenn auch der Pächter auf die Sache einen Aufwand gemacht hätte, der ihm erst durch die längere Dauer des Contracts wieder zu Gute gekommen wäre, so kann er doch wegen des dadurch für ihn entstehenden Schadens keinen Ersatz verlangen, weil er den Fall der frühern Beendigung des Contractsverhältnisses als möglich voraussehen konnte. Dieß setzt aber freylich voraus, daß der Locator die temporäre Beschaffenheit seines Rechts dem Pächter nicht verschwiegen habe. Denn hätte er sich für den Eigenthümer ausgegeben, und in dieser Eigenschaft verpachtet, so müßte er wegen dieses Betrugs billig für das ganze Interesse haften. Auf jeden Fall wird aber der Miethzins nur nach dem Verhältniß der Zeit bezahlt, da der Pächter den Nutzen gehabt hat.

L. 9. §. 1. *D. h. t.* ULPIANUS *libro* 32. *ad Edictum.* Hic subjungi potest, quod MARCELLUS *libro sexto Digestorum* scripsit: si fructuarius locaverit fundum in quinquennium, et decesserit, heredem eius non teneri, ut frui praestet, non magis quam, insula exusta, teneretur locator conductori. Sed an ex locato teneatur conductor, ut pro rata temporis, quo fruitus est, pensionem praestet, MARCELLUS quaerit: quemadmodum praestaret, si fructuarii servi operas conduxisset, vel habitationem.

Et

teneri eum: et est aequissi-
quaerit, si sumtus fecit in fundum,
quennio fruiturus, an recipiat? Et ait,
cepturum; quia, hoc evenire posse, pro-
debuit. Quid tamen, si non quasi fructua-
si locavit, sed si quasi fundi dominus? Vi-
tenebitur: decepit enim conductorem: et
Imperator ANTONINUS cum Divo SEVERO re-
scripsit. In exustis quoque aedibus eius temporis,
quo aedificium stetit, mercedem praestandam re-
scripserunt.

Nicht ganz das Nämliche gilt in dem Falle, wenn der Ehemann ein zum Heyrathsgut der Frau gehöriges Grundstück auf mehrere Jahre verpachtet hat, und vor deren Ablauf die Ehe getrennt wird. Die Frau ist zwar den Contract zu halten nicht verbunden. Jedoch kann sich der Mann, oder dessen Erbe, wenn ihr das Heyrathsgut prälegirt worden ist, von der Frau versprechen lassen, daß sie den Pächter nicht vertreiben wolle, und sie erhält dann das Heyrathsgut nicht eher zurück, als bis sie deshalb Caution geleistet hat, daß sie auch den Mann entschädigen wolle, wenn er etwa dem Pächter das Interesse zu leisten verurtheilt werden sollte. Dagegen gebührt ihr aber auch von Zeit der Trennung der Ehe an das Pachtgeld, und auch ihr muß deshalb Sicherheit geleistet werden [17]).

L. 25.

17) S. *Iac.* CUJACIUS in Lib. Paulo ad L. 25. §. 4. D. Solut. matrim. (in *Operibus postumis* a FABROTO *Lutetiae Parisiorum* 1658 edit. Tom. VI. pag. 596. sqq.) *Ant.* FABER de Erroribus Pragmaticorum Decad. XXIV. Err. 4. *Io.* VOET Commente ad Pand. h. t. §. 12. und *Io.* D'AVEZAN

Con-

L. 25. §. 4. D. Soluto matrimonio. PAULUS *libro 36. ad Edictum.* Si vir in quinquennium locaverit fundum, et post primum forte annum divortium intervenerit: SABINUS ait, non alias fundum mulieri reddi oportere, quam si caverit, *si quid praeter unius anni locationem maritus damnatus sit, id a se praestatum iri;* sed et mulieri cavendum, *quidquid praeter primum annum ex locatione vir consecutus fuerit, se ei restituturum.*

L. 1. §. ult. D. de dote praelegata. ULPIANUS *libro 19. ad Sabinum.* Ibidem MELA conjungit, si fundus in dote fuit locatus a marito ad certum tempus: uxorem non alias fundum ex relegatione consequi, quam si caverit, *si passuram colonum frui:* dummodo ipsa pensiones percipiat.

Ob auch freywillige Veräusserung einer solchen Sache, woran der Locator das unumschränkte Eigenthum hatte, z. B. durch Kauf, Schenkung, Vermächtniß, oder durch Gebung der Sache in Nießbrauch, dem darüber schon vorher auf bestimmte Zeit geschlossenen Pacht oder Miethcontract noch vor Abkauf derselben ein Ende mache, ist streitig. Nach der bekannten Verordnung des Kaisers Alexander in der *L. 9. Cod. h. t.* ist der Käufer nicht schuldig, den Conductor in dem Pacht zu lassen, ausser wenn ihm der Verkäufer die Fortsetzung des Contractes mit dem bisherigen Pächter zur ausdrücklichen Bedingung gemacht hat. Hier ist dann der Fall vorhanden, da Jemand

mand zum Besten eines Dritten, des Conductors, etwas versprochen hat. Da nun der Locator, dem das Versprechen geschehen ist, ein pecuniäres Interesse bey der Erfüllung desselben hat, so kann er nicht nur selbst auf die Erfüllung klagen, sondern es erwirbt auch der Dritte, nämlich der Conductor, welchem der Locator, als Promissar, seine Rechte hätte abtreten können, nach den Verordnungen des neuern Römischen Rechts[18]), ohne diese Cession als nothwendig zu erfordern[19]), ein Recht aus jenem Vertrage, welches utiliter auch von ihm selbst geltend gemacht werden kann[20]). Betrachten wir aber die Worte der angeführten Verordnung genauer, so erscheint daraus ganz klar, daß der Kaiser nichts weniger, als die Absicht gehabt habe, dadurch einen neuen Rechtssatz einzuführen, sondern alles zeigt vielmehr, daß er blos einen allgemeinen längst bekannten Rechtssatz auf einen vorliegenden Fall anwenden wollte. Sie lauten folgendermassen:

Emtorem quidem fundi necesse non est stare colono, cui prior dominus locavit: *nisi in lege erit.* Verum si probetur aliquo pacto consensisse, *ut in eadem conductione maneat*, quamvis sine scripto, bonae fidei iudicio ei quod placuit, parere cogetur.

Daß

18) Leyser C. ad exhib. Lib. 3. et 4. C. Specialium pactor. §. 3. D. de legat. III. L. 26. pr. D. Depositi.

19) Anderer Meinung ist zwar Ulr. Huber Praelect. ad Inst. Justin. Lib. III. Tit. 25. §. 11. in fin. Allein die L. 9. Cod. h. t. widerlegt ihn schon selbst.

20) S. Weber syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 69. u. S. 372. ff.

Daß aber dieſes alles ſchon längſt vorher nicht nur bey dem Verkaufe, ſondern auch bey jeder andern Veräuſſerung bekannten Rechts war, erhellet aus folgenden Fragmenten der Römiſchen Rechtsgelehrten.

L. 25. §. 1. *D. h. t.* CAIUS *libro* 10. *ad Edictum provinciale.* Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emtorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo *ex conducto.*

L. 32. *D. eodem.* JULIANUS *libro* 4. *ex Minicio.* Qui fundum colendum *in plures annos* locaverat, decessit, et eum fundum legavit. CASSIUS negavit, posse cogi colonum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset. Quodsi colonus vellet colere, et ab eo, cui legatus esset fundus, prohiberetur, *cum herede actionem colonum habere*, et hoc detrimentum ad heredem pertinere: sicuti si quis rem, quam vendidisset, necdum tradidisset, alii legasset, heres eius emtori et legatario esset obligatus.

L. 120. §. 2. *D. de legat. I.* ULPIANUS *libro* 2. *Responsorum.* Fructus ex fundo pure legato, post aditam hereditatem a legatario perceptos, ad ipsum pertinere: colonum autem cum herede *ex conducto* habere actionem.

L. 59. §. 1. *D. de usufructu.* PAULUS *libro* 3. *Sententiarum.* Quidquid in fundo nascitur, vel quidquid inde percipitur, ad fructuarium pertinet:

pen-

pensiones quoque iam antea locatorum agrorum, si ipse quoque specialiter comprehensae sint. *Sed ad exemplum venditionis, nisi fuerint specialiter exceptae, potest usufructuarius conductorem repellere.*

Der in diesen Gesetzen gegründete Satz, daß der successor singularis, er sey Käufer, Legatar, Donatar, oder auch nur Usufructuar an den vor der Veräusserung mit einem Dritten über die Sache geschlossenen Mieth- oder Pacht-Contract nicht gebunden, sondern den Conductor vor der Zeit zu vertreiben berechtiget sey, ist übrigens, so auffallend er auch scheint, doch der Rechtsanalogie vollkommen gemäß. Er ist eine ganz natürliche Folge des Grundsatzes des Römischen Rechts, daß ein ius in rem, welches gegen jeden Dritten, der sich mir auch auf keine Weise verbindlich gemacht hat, verfolgt werden kann, im Falle der Collision dem iuri in personam vorgeht, weil letzteres nur gegen eine bestimmte mir verpflichtete Person geltend gemacht werden kann. Der Conductor hat aber vermöge des Contracts nur ein persönliches Recht gegen den Locator, von welchem er denn auch billig Ersatz alles Schadens verlangen kann, den er durch die frühere Beendigung des Contracts leidet. An den Dritten hat er keine Forderung, dem der Verpächter ein dingliches Recht an der nämlichen Sache gegeben hat. Sehr treffend vergleicht daher Julian den Pächter mit einem Käufer, dem die Sache noch nicht übergeben worden war, welche der Verkäufer nachher einem Andern in seinem Testament vermacht hatte. Der Käufer hat hier, wie der Pächter, nur ein persönliches Recht; beyde müssen dem Legatar weichen, auf welchen mit dem Tode des Erblassers das Eigenthum

der

der Sache übergegangen ist, und können blos von dem Erben Entschädigung fordern.

So klar läßt sich also die Richtigkeit des noch jetzt geltenden Sprüchworts: Kauf bricht Miethe, aus den Gesetzen und der Rechtsanalogie erweisen[21]). Dennoch haben mehrere Rechtsgelehrten[22]) die Gültigkeit desselben

21) S. Hugo civilistisches Magazin 1. Band S. 268. ff. Westphal §. 1028. und Eisenhart's Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern. IV. Abth. Nr. XXXI. A. S. 388. ff. (Leipzig 1792.)

22) Bekannt ist *Herm.* ZOLLII Disput. ad L. 9. Cod. de loc. cond. *Rintelii* 1687. Dagegen erschienen zwar *Otto Phil.* ZAUNSCHLIFFER Vindiciae secundum interpretationem L. 9. Cod. de loc. et cond. *Marb.* 1688. et in *Oper. iurid.* Francof. ad Moen. 1699. Allein es folgte *H.* ZOLLII Defensio sententiae novae, Kauf hebt Miethe nicht auf. *Rintel.* 1690. Zaunschliffer antwortete in der Schrift: Vindiciae vindiciarum triti illius: Kauf geht vor Miethe. *Marb.* 1691. Das letzte Wort blieb aber in folgender Schrift dem Herm. Zoll: Kauf hebt Miethe nicht auf, sive Commentatio ad L. 9. Cod. de loc. et cond. qua communis sententia et hinc enata vulgaris paroemia: Kauf geht vor Miethe: denuo et fusius refellitur. *Rintel* 1704. welche nachher nochmals vermehrt und verbessert *Ienae* 1735. erschien. Die Gründe beyder Theile haben nachher erwogen *Ephr.* GERHARD in Diss. de regula iuris Germ. Kauf geht vor Miethe. *Altorfii* 1725. *Dan. Frid* HOHEISEL Decisio quaestionis inter DD. agitatissimae: utrum successor singularis expellere queat conductorem? vulgo: Ob Kauf Miethe breche? *Halae* 1735. *Ev.* OTTO Diss. de iure emtoris expellendi conductorem. *Ultraj.* 1736. und *Sal. Will.* STORM Diss. de iure emtoris expellendi conductorem ad L. 9. C. de loc. cond. *Franequerae* 1755. und

pensiones quoque iam antea locatorum agrorum, si ipse quoque specialiter comprehensae sint. *Sed ad exemplum venditionis, nisi fuerint specialiter exceptae, potest usufructuarius conductorem repellere.*

Der in diesen Gesetzen gegründete Satz, daß der successor singularis, er sey Käufer, Legatar, Donatar, oder auch nur Usufructuar an den vor der Veräusserung mit einem Dritten über die Sache geschlossenen Mieth- oder Pacht-Contract nicht gebunden, sondern den Conductor vor der Zeit zu vertreiben berechtiget sey, ist übrigens, so auffallend er auch scheint, doch der Rechtsanalogie vollkommen gemäß. Er ist eine ganz natürliche Folge des Grundsatzes des Römischen Rechts, daß ein ius in rem, welches gegen jeden Dritten, der sich mir auch auf keine Weise verbindlich gemacht hat, verfolgt werden kann, im Falle der Collision dem iuri in personam vorgeht, weil letzteres nur gegen eine bestimmte mir verpflichtete Person geltend gemacht werden kann. Der Conductor hat aber vermöge des Contracts nur ein persönliches Recht gegen den Locator, von welchem er denn auch billig Ersatz alles Schadens verlangen kann, den er durch die frühere Beendigung des Contracts leidet. An den Dritten hat er keine Forderung, dem der Verpächter ein dingliches Recht an der nämlichen Sache gegeben hat. Sehr treffend vergleicht daher **Julian** den Pächter mit einem Käufer, dem die Sache noch nicht übergeben worden war, welche der Verkäufer nachher einem Andern in seinem Testament vermacht hatte. Der Käufer hat hier, wie der Pächter, nur ein persönliches Recht; beyde müssen dem Legatar weichen, auf welchen mit dem Tode des Erblassers das Eigenthum

der

der Sache übergegangen ist, und können blos von dem Erben Entschädigung fordern.

So klar läßt sich also die Richtigkeit des noch jetzt geltenden Sprüchworts: Kauf bricht Miethe, aus den Gesetzen und der Rechtsanalogie erweisen[21]). Dennoch haben mehrere Rechtsgelehrten[22]) die Gültigkeit desselben

21) S. Hugo civilistisches Magazin 1. Band S. 268. ff. Westphal §. 1028. und Eisenhart's Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern. IV. Abth. Nr. XXXI. A. S. 388. ff. (Leipzig 1792.)

22) Bekannt ist *Herm.* ZOLLII Disput. ad L. 9. Cod. de loc. cond. *Rintelii* 1687. Dagegen erschienen zwar *Otto Phil.* ZAUNSCHLIFFER Vindiciae secundum interpretationem L. 9. Cod. de loc. et cond. *Marb.* 1688. et in *Oper. iurid.* Francof. ad Moen. 1699. Allein es folgte *H.* ZOLLII Defensio sententiae novae, Kauf hebt Miethe nicht auf. *Rintel.* 1690. Zaunschliffer antwortete in der Schrift: Vindiciae vindiciarum triti illius: Kauf geht vor Miethe. *Marb.* 1691. Das letzte Wort blieb aber in folgender Schrift dem Herm. Zoll: Kauf hebt Miethe nicht auf, sive Commentatio ad L. 9. Cod. de loc. et cond. qua communis sententia et hinc enata vulgaris paroemia: Kauf geht vor Miethe: denuo et fusius refellitur. *Rintel* 1704. welche nachher nochmals vermehrt und verbessert *Ienae* 1735. erschien. Die Gründe beyder Theile haben nachher erwogen *Ephr.* GERHARD in Diss. de regula iuris Germ. Kauf geht vor Miethe. *Altorfii* 1725. *Dan. Frid.* HOHEISEL Decisio quaestionis inter DD. agitatissimae: utrum successor singularis expellere queat conductorem? vulgo: Ob Kauf Miethe breche? *Halae* 1735. *Ev.* OTTO Diss. de iure emtoris expellendi conductorem. *Ultraj.* 1736. und *Sal. Will.* STORM Diss. de iure emtoris expellendi conductorem ad L. 9. C. de loc. cond. *Franequerae* 1755. und

ſelben lebhaft zu beſtreiten geſucht. Sie haben darzuthun ſich bemüht, daß jener angenommene Satz höchſt unbillig und in keinem Recht gegründet ſey, vielmehr ſowohl dem natürlichen [23]), als dem Römiſchen [24]), ſo wie dem Canoniſchen

und der gemeinen Meinung den Vorzug gegeben. Allein *Aug. Rud. Ios.* BÜNEMANN in Diss. de emtore conductorem secundum ius civile non expellente. *Goettingae* 1761. fochte ſie aufs neue an, und nahm die Zolliſche Meinung in Schutz. Er wurde aber von *Io. Christoph* LUDEWIG in Diss. de emtore non stante locationi antecessoris. *Goettingae* 1762. mit vieler Gründlichkeit widerlegt, wähnend *Io. Henr. Herm.* FRIES in Meditat. iurid de iniquitate et instabilitate vulgati: Kauf geht vor Miethe. *Francof. ad Moenum* 1762. 4. die entgegengeſetzte Meinung wieder zu vertheidigen geſucht hat. Für die gemeine Meinung ſind nachher noch folgende neuere Schriften erſchienen. *Io Christ.* QUISTORP Diss. an et quatenus successores locatoris tam universales quam singulares ex locatione ab ipso celebrata teneantur. *Rostochii 1766.* und *Henr.* LAMPE Diss. de vi et efficacia cautelarum pro tuendo iure conductoris adversus emtorem rei locatae expellentem. *Goett.* 1795. Man ſehe übrigens über dieſe Controvers Mittelblatts Beiträge zur juriſt. gelehrten Hiſtorie. St. VII. Nr. 4. S. 525. ff. und *Car. Fr.* WALCH Introd. in controv iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Memb IV. Subs. II. §. 12. pag. 642.

23) *Car. Andr.* CHRISTIANI Diss. Num paroemia iuris, emtor expellit conductorem, Kauf geht vor Miethe, sit iuris naturalis? *Regiom.* 1749.

24) *L. 7. §. 7. D. de pact. L. 29. C. eodem. L. 5. Cod. de obligat. et act. L. 54. L. 160. §. 2. L. 175. §. 1. L. 177. pr. D. de div. Reg. iuris.*

schen [25]), und deutschen Rechte [26]) offenbar widerstreite. Denn alle stimmten darin überein, daß man Wort halten müsse, und kein Contrahent dem andern hintergehen dürfe. Alle sprechen vereint den Satz aus, daß man nicht mehr Recht auf den Andern übertragen könne, als man selbst habe, und folglich auch Niemand mehr Recht haben könne, als sein Auctor hatte, von dem er das Recht erhielt. So wenig also der Verkäufer den Pächter habe vor der Zeit vertreiben können, so wenig könne auch der Käufer dazu berechtiget seyn. Diesem wären auch die angeführten Gesetze nicht entgegen. Denn die *L. 9. Cod. h. t.* rede nicht von einem solchen Falle, wo der Pacht auf bestimmte Zeit geschlossen worden, und dann sey auch die Lesearт selbst noch zweifelhaft, indem in einigen alten Handschriften gelesen werde: *Emtori* quidem fundi necesse non est stare *colonum*. Das Gesetz sage also nur soviel, daß der Pächter in dem Falle, da die Sache verkauft worden, die Pachtzeit auszuhalten nicht verbunden sey, wofern er es nicht durch einen Vertrag versprochen habe. Die übrigen Gesetzstellen aber redeten theils nicht von jedem Conductor, sondern nur von einem colonus, welchem es weit leichter sey, einen eben so nutzbaren Fundus wieder in Pacht zu erhalten, als einem Inquilinus eine eben so bequeme Wohnung; theils sey auch nur von einem prohibere, oder repellere colonum die Rede, welches also den Fall voraussetze,

25) *Cap. 46. Cap. 79. de reg. iuris in VI. Cap. 1. 3. et 9. X. de pactis. Cap. 1. et 3. X. de locato.*

26) *Capitulare Caroli et Ludov. Pii.* L. VI. c. 133. 149. et 365.

setze, daß der Pächter noch nicht im Besitz sey, wohl aber derjenige, an den die Sache veräussert worden. Denn repellere sey unterschieden von expellere, welches einen Besitz voraussetze. Daß aber der neue Erwerber oder Successor singularis den Pächter auch aus dem Besitz der gepachteten Sache zu vertreiben befugt sey, werde nicht gesagt. Allein alle diese Gründe sind sämmtlich von Andern schon geprüft, und hinlänglich widerlegt worden[27]). Daß der Satz, Kauf bricht Miethe, sogar dem Naturrechte nicht zuwider sey, hat der unsterbliche Kant[28]) ausführlich gezeigt, obwohl ihm hierin die meisten Neuern[29]) widersprechen. Er ist auch der Verbindlichkeit der Verträge nicht entgegen, weil dem Conductor in allen Gesetzen die Klage aus dem Contract gegen den Locator gestattet wird. Die Regel: Nemo plus iuris in alterum transferre potest, quam ipse haberet, welche Ulpian *L.* 54. *D. de Reg. iur.* giebt, gehört nicht hierher. Sie geht auf den Erben, wie Jac. Gothofredus[30]) gezeigt hat, nicht auf den Successor singularis, den

27) Man sehe hier besonders die in der Note 22. angeführte Schrift von LUDEWIG als die beste und ausführlichste. Ueberdem *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 24.

28) Erläuternde Anmerkungen zu den metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre von Immanuel Kant. Königsberg 1798. Nr. 4. S. 12. ff.

29) S. Hufeland Lehrsätze des Naturrechts. §. 631. Not. 2. Thomas Lehrbuch der natürlichen Rechtswissenschaft. §. 157. Not. c. und H. HofR. Gros Lehrbuch der philosoph. Rechtswissenschaft. §. 215. Not. 1. (S. 161. der 3. Ausgabe, Tübingen 1815.)

30) Commentar. in Tit. Dig. de divers. regulis iuris ad *L.* 54. cit. pag. 242. sqq.

den die Handlungen seines Auctors nicht verbinden [31]). Es ist daher die Emendation der *L.* 9. *C. h. t.* schlechthin zu verwerfen. Denn sie paßt nicht zu den Worten: nisi ea lege emit [32]). Die Unrichtigkeit der übrigen Gesetzerklärungen leuchtet aus den Worten der Gesetze von selbst hervor. Das Canonische Recht steht auch dem Satz eben so wenig entgegen. Die oben angeführten Texte beweisen wenigstens nichts. Endlich haben auch die meisten deutschen Landesgesetze [33]) den Satz des Römischen Rechts bestätiget. Nu wenige weichen davon ab [34]); und wo die Landesgesetze darüber nichts entscheiden, da hat die Praxis das Römische Recht angenommen [35]).

Es giebt endlich 2) auch Ursachen, welche bald den Locator, bald den Conductor berechtigen, den Con-

 tract

31) *Ie.* DOMAT Les Loix civiles dans leur ordre naturel. Liv. I. Tit. 4. Sect. 3. §. 4.

32) S. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 890. Not. 4. S. 946.

33) Eine Menge solcher Stadt- und Landrechte führt LUDEWIG in Diss. de emtore non stante locationi antecessoris §. 49. an.

34) Z. B. das Hamburgische Stadtrecht P. II. Tit. 9. Art. 13. Frankfurter Reformation P. II. Tit. 1. §. 1. und Tit. 14. §. 11. Ostfriesisches Landrecht Lib. II. Cap. 270. Preußisches Landrecht 1. Th. 21. Tit. § 358.

35) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXXI. §. 23. MEVIUS P. V. Decis 33. et 339. P. VI. Decis. 144. L. B. a WERNHER Select. Observat. for. Tom. I P. II. Obs. 470. et Tom. II. P. VII. Obs. 3. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXX. medit. 7. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 30. Struben rechtliche Bedenken. 3. Th. Bed. 57. S. 211.

tract vor der Zeit aufzukündigen, welche aber schon oben §. 1052. und §. 1058. vorgekommen sind.

§. 1062.

Rechtsmittel gegen den Conductor, welcher dem Successor singularis in Güte nicht weichen will. Kann der Conductor zur Fortsetzung des Contracts genöthiget werden, wenn er nicht bleiben will?

Den Gesetzen und der Praxis ist es also gemäß, daß der Successor singularis des Locators nicht schuldig sey, die Sache dem Conductor so lange, als die Contractszeit dauert, im Genusse zu lassen; sondern vielmehr befugt sey, sogleich auf die Abtretung der Sache zu dringen, wenn nicht der Locator bey der Veräusserung derselben den Erwerber die Fortsetzung des Contracts ausdrücklich zur Pflicht gemacht hat[36]). Denn in diesem Falle tritt der neue Erwerber in das Contractsverhältniß seines Auctors ein, und kann daher auch nur die Pachtgelder für die Zukunft fordern, welche seinem Auctor, als Verpächter, sind versprochen worden, nicht aber diejenigen, welche bey einer Afterverpachtung von dem Conductor bedungen worden sind, wenn diese etwa mehr betragen sollten[37]). Noch andere

36) Handelt der Erwerber diesem Vertrage entgegen, so kann der Conductor dem Locator litem denunciiren, oder dem Successor auch selbst utiliter die exceptio pacti conventi entgegensetzen. Denn der Successor hat hier die Vertragsverbindlichkeit seines Auctors übernommen. *L.* 25. §. 1. *D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 65.

37) *L.* 53. *pr. D. de act. emti et vend. L.* 58. *pr. D. Locati.* S. *Ge.* D'ARNAUD Variar. Conjecturar. iuris civ. Lib. I. cap. 22.

andere Ausnahmen von jener Regel werden §. 1063. vorkommen.

Wenn nun aber die Frage entsteht, was dem Successor singularis des Verpächters gegen den Conductor für Rechtsmittel zustehen, wenn dieser im Falle einer geschehenen Veräusserung der vermietheten oder verpachteten Sache den Besitz zu räumen sich weigert, so sind diese sehr verschieden [38]). Der Successor singularis kann

I) gegen seinen Auctor, und dessen Erben aus dem Geschäft selbst klagen, aus welchem die Sache auf ihn gekommen ist, z. B. actione emti, und sein Gesuch darauf richten, daß ihm der Beklagte den geräumten Besitz der Sache verschaffe. Er kann aber auch

II) gegen den Conductor klagen, und zwar 1) mittelst des von dem locator ihm abgetretenen Rechts. Dieß setzt aber freylich voraus, daß der locator selbst schon ein Klagerecht hatte. Es muß also der Contract entweder wegen geendigter Pachtzeit oder aus irgend einem andern rechtlichen Grunde geendiget seyn. Denn die dem Successor abgetretene Klage ist die Contractsklage. Mit dieser kann aber der Successor vor geendigtem Contract den Conductor nicht verdrängen, da er, als

Cessio-

38) S. *Ge. Henr.* AYRER Progr. de genere actionis adversus conductorem emtori cedere nolentem instituendae. (in *Opusc. minor. Gett.* 1740. Tom. I. Nr. 6. pag. 317.) Joh. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. herausgegeben von Wiese. Leipz. 1798. Bemerk. VIII. S. 26. ff. und Adolph Diet. Weber Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 2. u. 3. Stück. Schwerin und Wismar 1802. Nr. 14. S. 97. ff.

Cessionar des Locators, nicht mehr Recht, als dieser, sich zueignen, folglich auch nicht früher, als es diesem der Contract erlaubt, auf die Ablieferung der Sache dringen kann. Hatte der Locator dem Käufer aufgetragen, in das verpachtete Gut zu gehen, und sich den Besitz desselben von dem Pächter einräumen zu lassen, der Pächter aber den Besitz zu räumen schlechterdings verweigert; so findet gegen den Conducor auch das Interdictum unde vi [39]), oder nach dem Canonischen Recht die Spolien-Klage [40]) Statt. Nihil enim interest, sagt Marcellus [41]), colonus dominum ingredi volentem prohibuisset, an emtorem, cui iussisset dominus tradi possessionem, non admisit. Igitur colonum *Interdicto Unde vi* LOCATORI obstrictum fore, quem dejecisse tunc videretur, *cum emtori possessionem non tradidit*: nisi forte propter iustam et probabilem causam id fecisset. Dieß setzt nun aber natürlich wieder voraus, daß der Verpächter selbst die Sache wieder in Besitz zu nehmen befugt, mithin die Pachtzeit geendiget seyn müsse. Der Käufer kann sich daher dieser Rechtsmittel nur insofern bedienen, als sich sein Vorgänger, in dessen Namen er handelt, derselben bedienen konnte. Es können mithin diese aus der Weigerung des Pachters, und der dadurch geschehenen Stöhrung des Be-

39) *L. 12. et L. 18. D. de vi et vi armata.* Beyde Stellen hat sehr gut erklärt WERNHER Sel. Observat. for. T. II. P. VII. Obs. 3. Man sehe auch LUDEWIG Diss. cit. de emtore non stante locationi antecessoris. §. 27.

40) LUDEWIG cit. Diss. §. 47.

41) *L. 12. D. de vi.*

Besitzes des Verpächters entstehenden possessorischen Klagen auf den Fall nicht bezogen werden, da der Käufer vor geendigtem Contract sein besonderes Recht an der Sache geltend machen will[42]). Hätte der Käufer nachher selbst wider den Pächter Gewalt gebraucht, um den Besitz der Sache zu erhalten, so wird das Interdictum Unde vi sogar dem Pächter gegen den Käufer gestattet, wenn gleich der Conductor durch widerrechtlich verweigerte Ablieferung der Sache sich schon vorher dem Locator verantwortlich gemacht hatte. Es gereicht dem Käufer auch nicht einmal zur Entschuldigung, wenn ihm der Verkäufer selbst geheissen hätte, Gewalt zu gebrauchen, weil ein solcher Auftrag unerlaubt ist, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

L. 18. *pr. D. de vi et vi armata.* PAPINIANUS *libro* 26. *Quaestionum.* Cum fundum, qui locaverat, vendidisset, iussit emtorem in vacuam possessionem ire, quem colonus intrare prohibuit: postea emtor vi colonum expulit; interdictis unde vi quaesitum est. Placebat, colonum interdicto venditori teneri: quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate eius missum intrare prohibuerit: neque enim ante omissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emtori: quia nemo eo animo esset, ut possessionem omitteret, propter emtorem,

42) Anderer Meinung sind zwar viele, z. B. LUDEWIG cit. Diss. §. 27. und Schmidt im Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 1004. denen auch Hellfeld beytritt. Allein man sehe Weber in den angef. Beyträgen S. 99. und Desselben Anmerkung zu Schmidts angef. Lehrbuche S. 732. Not. i.

torem, quam emtor adeptus non fuisset: *emtorem quoque, qui postea vim adhibuit, et ipsum interdicto* COLONO *teneri: non enim ab ipso, sed a venditore, per vim fundum esse possessum, cui possessio esset ablata.* Quaesitum est, an emtori succurri debeat, si voluntate venditoris colonum postea vi expulisset? Dixi, non esse invandum, qui mandatum illicitum susceperit.

2) Mittelst eigenem Rechts kann sich der successor singularis der Reivindication oder auch der actio Publiciana bedienen, es muß ihm nur in Fällen, wo dieses zur Erwerbung des Eigenthums erfordert wird, die Sache schon übergeben worden seyn [43]). So wie ihm nun diese petitorische Realklage des Eigenthums wider je-

den

43) LUDEWIG in Diss. cit. §. 25. läugnet zwar, daß die actio Publiciana hier Statt finde, weil sie voraussetze, daß der Kläger einen früheren Besitz, als der Beklagte, gehabt haben müße. Denn die *L. ult. D. de public. in rem act.* sage, es sey diese Klage dazu eingeführet, *ut is, qui bona fide emit, possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat.* Allein dem Pächter steht ja nicht einmal ein juristischer Besitz an der Sache zu. *L. 3. §. 12. D. de acquir vel amitt. poss. L. 1. §. 19. D. de vi.* und da das persönliche Recht dem dinglichen weichen muß, so ist ja der Conductor immer ein solcher, der ein schwächeres Recht hat, als der Kläger. Noch weiter geht BÜNEMANN in Diss. de emtore conductorem secundum ius civ. non expellente § 28. Dieser will dem Käufer nicht einmal die Reivindication gestatten, weil sich der Pächter die Sache nicht zueigne. Allein daß auch gegen den Conductor die Reivindication Statt finde, lehrt Ulpian in der *L. 9. D. de Rei indivicat.*

den Besitzer der Sache zusteht, so wird dem Successor in der Praxis auch noch eine Condiction gegen den Conductor gestattet. Nach einigen die *Condicio ex L. 9. Cod. de locato et conducto*[44]), nach andern die *Condictio sine causa*[45]). Allein nach der Theorie läßt sich dagegen einwenden, daß eine Condictio ex Lege nach *L. un. D. de condict. ex Lege* eine obligatio lege nova introducta voraussetzt: für ein neues Gesetz aber kann die *L. 9. Cod. h. t.* nicht gehalten werden, da schon frühere Gesetze in den Pandecten darüber vorhanden sind. Die Condictio sine causa aber, welche man darauf gründen will, daß der Pacht- oder Miethcontract durch den geschehenen Verkauf des Grundstücks von selbst aufgehört habe, concurrirt nicht mit der Reivindication. Proditum est enim, sagt Ulpian[46]), neminem *rem suam*, nisi furi, *vendere* posse[47]). Da indessen das Recht des Klägers wegen der für ihn sprechenden klaren Gesetze außer Zweifel ist, so mag hier gelten, was der Pabst Alexander III. in dem *Cap. 6. X. de judiciis* sagt: Prudentia attentius, ne ita subtiliter, sicut a multis fieri solet, *cujusmodi actio intentetur*, inquiratis, sed simpliciter et pure *factum ipsum* et *rei*

44) Schmidt Lehrbuch von Klagen §. 1004. AYRER c. l. p. 243.

45) AYRER c. l. pag. 244. von Quistorp a. a. O. S. 29. denen auch Hellfeld beytritt.

46) *L. ult. D. Usufruct. quemadm. cav.* S. den 13. Th. dieses Commentars §. 836. S. 183. ff.

47) Daß weder die eine noch die andere Condiction hier Statt finde, ist auch von LUDEWIG cit. Diss. §. 28. jedoch aus andern Gründen gezeigt worden.

rei veritatem secundum formam canonum Legumque praescripta investigare curetis.

So wenig nun der Successor singularis dem Conductor die Contractszeit auszuhalten schuldig ist; eben so wenig kann auch der Conductor, wenn er nicht bleiben will, zur Fortsetzung des Contracts von dem neuen Eigenthümer genöthiget werden. Denn zwischen ihnen ist kein Contractsverhältniß vorhanden. Julian sagt dieses auch in der oben angeführten *L.* 32. *D. h. t.* ausdrücklich, wo er den Fall entscheidet, da der Eigenthümer das Grundstück, was er auf mehrere Jahre verpachtet hatte, in seinem Testament nachher einem Dritten vermachte, und dann noch vor geendigter Pachtzeit starb. Hier entstunden zwey Fragen: 1) ist der Pächter den Contract zu halten schuldig, wenn dem Legatar daran gelegen ist, ihn zu behalten? 2) Wenn der Pächter gern bleiben möchte, ist der Legatar ihn in dem Contract zu lassen schuldig? Beyde Fragen entscheidet Julian verneinend; und beruft sich in Betreff der ersten Frage auf die Auctorität des Cassius: Cassius negavit, sagt er, posse cogi colonum, ut eum fundum coleret. und fügt noch den Grund hinzu: *quia nihil heredis interesset.* Denn von Zeit der angetretenen Erbschaft an gehörten die Früchte dem Legatar, wie Ulpian *L.* 120. §. 2. *D. de legat. I.* in diesem nämlichen Falle lehrt, welcher daher dem Pächter die actio conducti gegen den Erben, der für die Handlungen seines Erblassers haften muß, wegen der Entschädigung des Pächters giebt. Daß diese Entschädigung alsdann wegfalle, wenn der neue Eigenthümer den Pächter in dem bisherigen Contractsverhältniß lassen, der Pächter aber dennoch

noch nicht bleiben will, hat keinen Zweifel[48]). Denn dafür hatte ja auch nur der vorige Eigenthümer bey der Veräusserung der Sache zu seiner Deckung zu sorgen, daß der Pächter von seinem Nachfolger nicht vertrieben werde[49]). Allein, es fragt sich, ob nicht der neue Eigenthümer, wenn ihm an der Fortsetzung des Pachtcontracts gelegen ist, den Pächter dadurch halten könne, daß er sich von dem vorigen Eigenthümer das Recht desselben aus dem Contract cediren läßt? Fast alle[50]) beantworten diese Frage bejahend. Für diese Meinung läßt sich auch anführen, daß hier nicht nur keine persönlichen Verhältnisse der Cession im Wege stehen, indem es ja dem Conductor gleichviel seyn muß, ob er seinen Pachtzinß an den vorigen oder an den neuen Eigenthümer bezahlt; sondern daß auch eine solche Cession selbst der Gleichheit der Rechte unter den Partheyen entspricht, welche die Billigkeit erheischt. Denn so wie der neue Erwerber der Sache, wenn er sich dem vorigen Eigenthümer durch Vertrag dazu verpflichtet hat, den Pächter behalten muß, bis der Contract geendiget ist, und letzter sich deshalb das Recht des Locators aus diesem Vertrage kann abtreten lassen; eben so ist auch der

Pächter

48) S. LUDEWIG Diss. cit. de emtore non stante locationi antecessoris §. 32.

49) *L.* 25. §. 1. *D. Locati.*

50) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 69. *Zach.* HUBER Diss. ad L. 32. D. Locati §. 6. sqq. (in EIUS *Dissertation. iurid. et philolog.*) P. III. (*Franequerae* 1706. 4.) pag. 358. sqq. LUDOVICI Doctr. Pand. h. t. §. 28. *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. II. §. 197. Westphal von Kauf- Pacht- und Miethcontract. §. 1034. u. a. m.

Pächter zu bleiben schuldig, wenn sich der Käufer die Rechte des Verkäufers cediren läßt, in dessen Stelle er dadurch eintritt. Demohngeachtet halten mehrere [51]) eine solche Cession für unnütz, weil das Rechtsverhältniß auf Seiten des Pächters, von dem auf Seiten des neuen Eigenthümers ganz verschieden sey. Der letztere, sagt man, habe in den Vertrag gewilliget, darum sey er auch an sein Versprechen gebunden. Allein nicht so der Pächter, daher könne man auch von ihm nicht gleiche Verbindlichkeit erwarten. Diesem könne es nicht gleichviel seyn, mit wem er in Contractsverhältnissen stehe. In solchen Fällen erfordere auch die Cession die Einwilligung des cedirten Schuldners [52]). Nam alteri per alterum non debet iniqua conditio inferri [53]). In der Gerechtigkeit der unter den Partheyen zu erhaltenden Gleichheit liege eher ein Grund für, als gegen den Pächter. Diese fordere, demselben einen eben so freyen Abzug zu gestatten, als dem neuen Eigenthümer das unumschränkte Recht zustehe, denselben zu vertreiben. *Nemo enim debet alterutri idem ius sibi dici, quod ipse aliis dixit, vel dici effecit* [54]). Diesem allen aber setzt noch der Ausspruch des römischen Rechtsgelehrten **Julianus** bey, welcher

51) S. *Phil. Lud.* BECK Diss. de conductore in locatorem iuste retorquente paroemiam: Kauf bricht Miethe. *Altorfii* 1745. und LUDEWIG Diss. de emtore non stante locationi antecessoris §. 31.

52) *L. 3. C. de hered. vend. L. 2. C. Ne liceat. potent.*

53) *L. 74. D. de div. regulis iuris.*

54) *L. 1. D. Quod quisque iuris in alterum stat.*

welcher ausdrücklich sage: non posse cogi colonum, *quia nihil heredis interesset.* Zwar giengen diese Worte nur auf den Erben. Allein habe der Erbe kein weiteres Interesse, was könne er dann für Rechte dem Legatar cediren [55]? Solle also der Pächter zur Fortsetzung des Contracts genöthiget werden können, so müsse es entweder bey der Verpachtung zur Bedingung gemacht seyn, daß der Contract fortdauernd gültig bleiben solle, der Verpächter bleibe Eigenthümer des verpachteten Grundstücks, oder veräussere solches vor geendigter Pachtzeit an einen Dritten; oder es müsse der Pächter seine Einwilligung in die Fortsetzung des Contracts dadurch zu erkennen gegeben haben, daß er nach der geschehenen Veräusserung in dem Pachte geblieben, und dem neuen Eigenthümer den Pachtzins bezahlt hat [56]. Allein dagegen ist zu erinnern, daß die Gesetze, welche dem Verkäufer die Vorsichtsregel geben, daß er sich von dem Käufer die Fortsetzung des Contracts mit dem bisherigen Conductor versprechen lasse, wenn er gegen die Ansprüche des letztern gedeckt seyn will, nirgends zur Rechtsbeständigkeit und Wirksamkeit eines solchen Vertrags die Einwilligung des Pächters erfordern [57]; sie lehren uns vielmehr, daß der Verkäufer dem Käufer, der Miethe und Miethgelder wegen, allerdings iura cessa geben könne [58]. Der Ausspruch des Julianus steht diesen auch nicht entgegen. Denn hätte der

55) *Dionys.* GOTHOFREDUS ad L. 39. D. h. t.

56) *Dav.* MEVIUS Tom. I. P. V. Decis. 29.

57) *L.* 25. §. 1. *D. h. t. L.* 9. *Cod. eodem.*

58) *L.* 53. *pr. D. de act. E. et V. L.* 58. *pr. D. Locati.* Westphal von Kauf ꝛc. §. 626. und §. 910.

der Testator dem Legatar das Grundstück mit dem ihm zustehenden Pachtrechte vermacht, so ist es keinem Zweifel unterworfen, daß der Legatar, tanquam ex nominis legato, gegen den Pächter actione ex contractu utili auf die Fortsetzung des Contracts würde klagen können [59]). Dieß war nun aber freylich hier nicht geschehen. Konnte denn also der Erbe, der doch den Erblasser repräsentirt, nicht diesen Mangel ergänzen, und dem Legatar das Contractsrecht des Erblassers cediren? **Zacharias Huber** [60]) trägt kein Bedenken, dieses zu bejahen, weil es rechtlich nicht unmöglich sey, ein Recht oder Klage zu cediren, die man selbst nicht habe. Er beruft sich desfalls auf eine Stelle des **Paulus**, welcher in der *L.* 63. *D. de Usufr.* sage: Quod nostrum non est, transferemus ad alios; velut is, qui fundum habet, quamquam usumfructum non habeat, tamen usumfructum cedere potest. Allein diese Stelle kann hier nicht zur Entscheidung dienen. Es wird hier der Rückfall eines Rechts vorausgesetzt, welches schon jetzt auf den Fall der Consolidation allerdings auf einen Andern übertragen werden kann [61]). Allein in dem Falle, wovon **Julian** redet, hatte der Erbe gar kein Recht mehr, was er hätte abtreten können, weil das Eigenthum des vermachten Grundstücks gleich nach dem Tode

59) Arg. §. 21. *I. de legatis* und *L.* 18. *Cod. eodem.*

60) Diss. cit. ad L. 32. D. h. t. §. 6.

61) S. *Franc. Car.* CONRADI Diss. ad Iulii Paulii ex libro sing. de iure singulari reliqua. *Lipsiae* 1728. Fragm. II. (in *Gr.* OELRICHS *Collect. Dissertation. historico-antiquario-iuridicar.* (*Bremae* 1785.) p. 368. sqq.)

Tode des Testators, mithin noch ehe der Erbe die Erbschaft antrat, recta via, und ohne eine Handlung des Erben, auf den Legatar übergieng [62]). Daher erklärt sich der von Julian angeführte Entscheidungsgrund: *Quia nihil heredis interesset.* Der Legatar aber konnte noch weniger klagen, weil auf ihn, als einen Successor singularis, die actio locati nicht übergieng [63]). Ein ganz anderer Fall aber ist es, wenn der Locator bey der Veräusserung der Sache die ihm aus dem Mieth- oder Pachtcontract zustehenden Rechte dem Käufer zugleich mit dem Eigenthum der Sache cedirt. Hier ist die Cession so gültig, als wenn ihm diese Rechte mit der Sache im Testament wären vermacht worden. Man kann auch nicht sagen, daß dadurch die Lage des Pächters verschlimmert werde, weil der Successor singularis nur an die Stelle des Verpächters tritt, und sich der Rechte desselben bedient. Sollte der Grund etwas gelten, es könne dem Pächter nicht gleichviel seyn, mit wem er im Contractsverhältniß stehet; so würde sich der Conductor auch für berechtiget halten können, dem Erben des Locators nach Gefallen den Contract aufzusagen. Wer möchte dieses wohl behaupten?

Daß übrigens der Conductor Ersatz alles Schadens fordern könne, den er durch die frühere Beendigung des Contracts leidet, worunter denn auch der ihm dadurch entzogene Gewinn begriffen ist [64]), hat keinen Zweifel. Die oben angeführten Gesetze gestatten ihm deshalb, die actio

62) *L.* 80. *D. de Legatis II. L.* 64. *D. de furtis.*

63) S. POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XIX. not. g.

64) *L.* 33. *D. h. t.*

actio conducti[65]). Diese findet nicht nur gegen den locator, gegen welchen der Conductor auch zum iuramento in litem gelassen werden müßte[66]); sondern auch gegen desselben Erben statt, wenn der Erblasser die verpachtete Sache einem Dritten vermacht, und der Legatar den Pächter verdrängt hat. Der Pächter fordert hier seine Entschädigung von dem Erben[67]). Nur dann fällt die Entschädigungsklage weg, wenn der Verpächter ein blos temporäres Recht an der Sache hatte, und diese Beschaffenheit seines Rechts auch dem Conductor nicht verschwieg[68]).

§. 1063.

Ausnahmen von der Regel: Kauf bricht Miethe.

Die Regel, daß der Successor singularis dem Pächter seines Vorgängers den Contract zu halten nicht verbunden sey, leidet folgende Ausnahmen.

1) Wenn Jemand ein fiscalisches Gut gepachtet hat, und dieses noch vor geendigter Pachtzeit verkauft wird. Hier wird als stillschweigende Bedingung angenommen, daß der Käufer den Pächter nicht vertreiben dürfe, theils um den Fiskus gegen alle Entschädigungsansprüche zu sichern, theils aber auch zugleich dem Pächter desselben volle Sicherheit wegen der Benutzung auf die contractmäßige

65) *L. 25. §. 1. D. h. t.*

66) *L. 5. pr. D. de in litem jur.* S. Runde Beyträge zur Erläut. rechtl. Gegenstände 1. Th. S. 445.

67) *L. 32. D. h. t.*

68) *L. 9. §. 1. D. eodem.*

mäßige Pachtzeit zu gewähren [69]). Der Käufer erhält dafür auch den Pachtzins von Zeit der Adjudication an [70]).

L. 50. *D. de iure fisci.* PAULUS *libro* 3. *Decretorum.* — PAPINIANUS et MESSIUS novam sententiam induxerunt, *quia sub colono erant praedia*, iniquum esse fructus ei auferri universos, sed colonum quidem percipere eos debere, emtorem vero pensionem eius anni accepturum, *ne fiscus colono teneretur, quod ei frui non licuisset, atque si hoc ipsum in emendo convenisset*: pronunciavit tamen (sc. Procurator fisci) secundum eorum opinionem, quod si quidem a domino colerentur, universos fructus haberet; *si vero sub colono, pensionem acciperet* (sc. emtor).

2) Wenn ein Gläubiger blos rei servandae causa in die Güter seines Schuldners immittirt worden ist, und der Schuldner noch vor der Immission eine Sache verpachtet oder vermiethet hatte; so wird dadurch der Contract nicht aufgehoben, sondern durch die Billigkeit des prätorischen Rechts bey Kräften erhalten; wenn auch gleich die Sache um ein geringeres locarium verpachtet worden seyn sollte, als man hätte erhalten können; es muß nur nicht geschehen seyn, um die Gläubiger zu betrügen.

L. 8. §. 1. *D. de rebus auctoritate iud. possidend.* ULPIANUS *libro* 61. *ad Edictum.* Si quis fructus ex

69) LUDEWIG Diss. cit. de emtore non stante locationi antecessoris §. 14. und Just. Friedrich Runde Beyträge zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände 1. Band Nr. XVI. S. 444. ff.

70) S. *Em.* MERILLIUS Observation. Lib. II. cap. 20. in fin.

ex praedio debitoris capi poterit, hunc creditor, qui in possessionem praedii missus est, vendere vel locare debet. Sed hoc ita demum, si ante neque venierit, neque locatus erit. Nam si iam a debitore vel locatus erat vel venierat: servabit Praetor venditionem et locationem a debitore factam, et si minoris distractum est vel locatum, nisi si in fraudem creditorum hoc fiat; tunc enim Praetor arbitrium dat creditoribus, ut ex integro locationem vel venditionem faciant.

Ob diese Bestimmung des Römischen Rechts auf den heutigen Concurs der Gläubiger anzuwenden sey, und daher die Gläubiger des verschuldeten Verpächters gezwungen werden können, den Contract mit dem Pächter, den sie auf den schuldnerischen Guthe finden, fortzusetzen, ist streitig. Einige [71]) glauben, es sey dieses, vermöge des angeführten Gesetzes, auch heut zu Tage gar keinem Zweifel unterworfen. Andere [72]) behaupten, daß die Concursgläubiger, auch schon deswegen, weil sie als Repräsentanten des Gemeinschuldners zu betrachten sind, und also in dieser Eigenschaft keine andere Rechte haben könnten, als der Cridar, die von demselben vor der Eröffnung des Concurses

71) LEYSER Medit. ad Pand. Vol. VII. Spec. CCCCXCIV. medit. 9. WERNHER Sel. Observat. for. T. III. P. III. Obs. 47. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 193. *Ge. Lud.* BOEHMER Electa iuris civ. Tom. I. Exercit. XI. §. 1. pag. 331. und Weber zu Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 1005. Not. u. S. 734.

72) von Bülow und Hagemann pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 3. B. Erört. I. S. 283. Daselbst ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 708.

curses eingegangenen Verpachtungen anzuerkennen schuldig wären. Noch andere [73]) hingegen tragen Bedenken, jene Verordnung auf den deutschen Concurs anzuwenden, und halten die Gläubiger, eben so wenig, als andere besondere Nachfolger, für verpflichtet, eine von dem Schuldner noch vor dem Concurs unternommene Guthsverpachtung fortzusetzen. Soviel ist gewiß, daß das römische Recht unsern heutigen Concurs gar nicht kennt [74]). Die Immission in das Vermögen des Schuldners, von welcher die angeführte *L.* 8. redet, hat daher darauf gar keine Beziehung. Denn sie gieng nur die nicht privilegirten chirographarischen Gläubiger an [75]), und wurde auch einem einzelnen Gläubiger bewilliget [76]), z. B wenn sich der Schuldner betrügerisch entfernt hatte, oder verborgen hielt, oder ohne Erben starb [77]). Denn sie geschahe blos rei servandae causa [78]). Der Gläubiger, welchen der Prätor immittirt

 hatte,

73) *Frid. Gottl.* ZOLLER Progr. de Quaestione, utrum existente concursu creditorum, creditores locationem a debitore celebratam servare teneantur? *Lipsiae* 1757. Thibaut System des Pandect Rechts 3. Bd. §. 1223. KIND Quaest. forens. Tom II. Cap. 5 pag. 28 Karsten Versuch über die Verhältnisse eines Pachtinteressenten zu den Concursgläubigern des andern Mitcontrahenten Hamburg 1809.

74) S. von Gönner Handbuch des gemeinen Prozesses 4. B. Nr. LXXXII. §. 2.

75) *L.* 10. *C. de reb. auctorit. iud. possidend.*

76) *L.* 8. §. 4. *L.* 12. *D. eodem.*

77) *L.* 1. 2. *L.* 7. *L.* 8. *D. Quib. ex caus. in possessione eatur.*

78) *L.* 1. *L.* 5. *pr. L.* 7. *pr. D. eodem.*

hatte, erhielt dadurch weder Eigenthum noch juristischen Besitz, sondern nur ein prätorisches Pfandrecht [79]), und die Aufsicht über das Vermögen [80]). Rechtsgültige Verträge, die der Schuldner vor der Immission abgeschlossen hatte, durften daher nicht aufgehoben werden, wofern sie nur nicht in fraudem creditorum waren eingegangen worden [81]). Es lag vielmehr dem immittirten Gläubiger ob, für die Erhaltung der Güter des Schuldners zu sorgen, ohne sich die Früchte und Einkünfte davon zueignen zu dürfen, er mußte sie zum Nutzen desjenigen, dem die Güter-Masse gehörte, verkaufen, oder verpachten, insofern dieses nicht etwa schon früher von dem Schuldner selbst geschehen war, und dem Curator, oder auch dem Schuldner selbst von deren Verwendung Rechenschaft ablegen [82]). Denn trat Jemand für den Schuldner ins Mittel, oder wußte der Schuldner selbst nachher noch Rath zu schaffen, so mußte ihm das Vermögen wieder abgetreten werden [83]). Nur wenn Keines von beyden geschahe, und auch sonst

79) *L. 26. D. de pigner. act. L. 9. §. 1. D. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt.*

80) *L. 3. §. 23. D. de acquir. vel amitt. possess.* Qui creditorem *rei servandae causa* — mittit in possessionem, — non *possessionem*, *sed custodiam rerum et observationem* concedit. *L. 12. D. Quib. ex caus. in possess. eat.*

81) Die Immission hinderte nicht einmal die Disposition des Schuldners über sein Vermögen, wenn nur der Dritte, der mit dem Schuldner contrahirte, in bona fide war. *L. 9. D. Quae in fraud. creditor.*

82) *L. 8. L. 9. et L. 12. D. de reb. auct. iudicis possid.*

83) *L. 33. §. 1. D. eodem.*

sonst kein Hinderniß obwaltete, konnte der Magistrat den Verkauf der Güter zur Befriedigung der Gläubiger erlauben[84]), welches man die missio ex secundo decreto nannte[85]). Erst diese Immission, welche nun dem Schuldner alle Verfügung über sein Vermögen benahm, enthielt eine wahre Adjudication, und berechtigte die Gläubiger, welche dieselbe erhalten hatten, zur Veräusserung zu schreiten, wodurch denn nun auch die von dem Schuldner geschehene Verpachtung aufhörte[86]). Allein dieses römische Verfahren in Schuldsachen hat in Deutschland keinen Eingang gefunden; unabhängig von demselben entwickelte sich der deutsche Concurs, dessen Hauptverfahren mit dem richterlichen Erkenntniß auf Eröffnung desselben seinen Anfang nimmt[87]). Der Schuldner verliert hierdurch alle Disposition über sein bisheriges Vermögen, als welche mit dem Administrations- und Veräusserungsrechte auf die Gläubiger übergeht[88]). Das prätorische Pfandrecht aber fällt, als Folge der Immission, heut zu Tage weg.

84) *L. 21. §. 2. D. Ex quib. caus. majores. L. 6. §. 1. et 2. L. 7. §. 1. L. 13. D. Quib. ex causis in possess. eatur. L. 9. Cod de bonis auctorit. iudicis possid.*

85) S. *Lud. Conr.* SCHROEDER Opusc. de natura et effectibus pignoris praetorii. Sect. I. Cap. I. §. 22. sqq.

86) S. Dabelow, angef. Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 478. f. und KIND Quaestion. for. Tom. II. Cap. 5. pag. 31.

87) von Gönner a. a. O. §. 21. S. 556.

88) von Gönner §. 25. Schweppe System des Concurses der Gläubiger §. 29. Martin Lehrbuch des bürgerl. Prozesses. §. 312.

weg [89]). Auch bleibt das Eigenthum bey dem Gemeinschuldner bis auf den Augenblick, da es auf den Käufer übergeht [90]). Daher kann man die Concurs-Gläubiger nicht füglich als Successoren des Cridars, noch weniger aber als Successores universales im römischen Sinn betrachten [91]). Dahingegen treten diese Gläubiger in Rücksicht des verschuldeten Vermögens in eine Gemeinschaft, und werden durch die Einheit ihrer Rechtsverhältnisse sowohl, als ihres Zwecks zu einer Genossenschaft verbunden. Dieses Corps der Gläubiger erwirbt nun durch den Concurs die Befugniß, alle Mittel anzuwenden, um sich aus dem schuldnerischen Vermögen zu befriedigen. Es kann daher alles, was zu diesem Vermögen gehört, seinem Dispositionsrechte unterwerfen, und es so benutzen, wie es der Schuldner, nach der Natur der Sache, selbst benutzen konnte [92]). Die Gläubiger sind aber auch die Verpflichtungen des Schuldners insofern anzuerkennen verbunden, als sie die Bedingungen enthalten, unter welchen die Sache, mit welcher sie connex sind, überhaupt nur ein Theil des schuldnerischen Vermögens seyn kann. Nach dieser Ansicht läßt es sich allerdings rechtfertigen, wenn man den Gläubigern eine active und passive Repräsen-

89) Schweppe a. a. O §. 50. S. 72.

90) Der Schuldner kann daher, bis zum Verkauf seiner Sachen, wieder in alle Güter eintreten, und sich von dem Concurse frey machen, wenn er die Gläubiger befriediget. Thibaut Syst m des Pand. Rechts 3. B. §. 1223.

91) KIND Quaest. for. T II. cap. 5. und Dabelow S. 715. f.

92) Strubenrechtl. Bedenken 1. Th. Bed. 120. Schweppe §. 52.

sentation des Gemeinschuldners beylegt[93]). Hat nun also der Schuldner vor dem Ausbruche des Concurses eine zu seinem Vermögen gehörige Sache vermiethet oder verpachtet, so wird durch den Eintritt des Concurses der Contract nicht aufgehoben. Es hat daher keinen Zweifel, daß die Gläubiger von den Rechten, welche der Cridar, als Verpächter, durch den geschlossenen Contract gegen den Pächter erwarb, als dessen Stellvertreter, zum Behuf ihrer Befriedigung, Gebrauch machen können. Es steht ihnen also auch allerdings ein Zwangsrecht gegen den Pächter des Gemeinschuldners zu, daß er bleiben, und seinen Contract erfüllen muß. Dieser repräsentative Character der Gläubiger steht ihnen aber auch nicht entgegen, daß die verpachtete Sache zum Nutzen derselben veräussert, und das daraus gelöfete Geld zur Concursmasse gezogen werden kann. Denn der Schuldner selbst hatte ja die Befugniß, des Pachts- oder Mieth-Contracts ungeachtet, die Sache zum Verkauf zu bringen, und ein gleiches Recht muß auch den Gläubigern gestattet werden. Wird nun aber hierdurch der Pächter genöthiget, das Pachtguth vor der Zeit zu räumen, so bleibt ihm, wegen des Schadensersatzes, nichts anders übrig, als dem Corps der Gläubiger beyzutreten, und beym Concurse zu liquidiren, was ihm dadurch entgeht, daß ihm die Contractzeit nicht ausgehalten worden ist[94]).

Eine andere Frage ist, wenn der Gemeinschuldner vor dem Concurse fremde Sachen gemiethet oder gepachtet hat.

93) Dabelow S. 708. f. Gönner a. a. O. §. 26. Martin a. a. O. §. 312.

94) S. Dabelow S. 709.

hat, ob das Pachtverhältniß hierdurch aufgehoben wird? Mehrere[95]) behaupten dieses. Allein es sind hier zwey Fragen zu unterscheiden. 1. Sind die Gläubiger den von dem Gemeinschuldner geschlossenen Pachtcontract, wenn sie dabey Nutzen finden, nach entstandenem Concurse fortzusetzen berechtiget? Diese Frage ist ohne alles Bedenken zu bejahen. Denn als Repräsentanten des Schuldners haben die Gläubiger auch das Recht, in die von dem Cridar vor dem Concurse geschlossenen Contracte, sofern es ihnen vortheilhaft ist, einzutreten[96]). Nur bey einigen Contracten machen die Gesetze eine Ausnahme, welche durch den Ausbruch des Concurses für die Folge erlöschen; nähmlich bey Pachtungen vom Fiskus[97]), Güter-Societät[98]), und Compromissen[99]). Diese Ausnahmen sind aber auch zugleich ein Beweis für die dadurch stillschweigend anerkannte Regel. Wenn also der Pächter Concurs macht, so können sich die Gläubiger die Vortheile, welche aus dem geschlossenen Pachtcontract für den Schuldner entspringen, allerdings zueignen. Denn sie sind als ein Bestandtheil seines Vermögens anzusehen. Da nun die Gläubiger durch den Concurs in alle Vermögensrechte des Schuld-

95) *Ge. Lud.* BÖHMER Pr. de iure circa conductionem, orto adversus conductorem concursu creditorum. (in *Elect. iur civ* T. I. Exerc. XI. p. 322. sqq.) *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observat. praet. ad *Leyserum* T. V. Fasc. II. Obs. 813. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 1. Bd. §. 679.

96) Schweppe in dem angef. System §. 56. S. 82.

97) *L. 2. Cod. de fundis rei privatae.* (XI. 65.)

98) *L. 65. §. 1. D. Pro socio.*

99) *L. 17. pr. D. de recept.*

Schuldners, welche von seiner Person abgesondert werden können, treten, so kann sich der Verpächter seiner Verbindlichkeit, die Bedingungen eines vortheilhaften Pachtcontracts den Creditoren des Pächters zu erfüllen, eben so wenig entziehen, als er ihnen die Befugniß streitig machen kann, alles das für sich zu benutzen, was dem Pächter selbst Vortheile gewährte [100]). Wenn hingegen II. die Frage ist, ob die Concursgläubiger auch verpflichtet sind, den Pacht- oder Mieth-Contract, welchen der Gemeinschuldner vor dem Concurse über fremde Sachen abgeschlossen hat, fortzusetzen, so ist hier nicht das nähmliche Rechtsverhältniß vorhanden. Denn den Ansprüchen gegen den Cridar, insofern diese nicht mit der Sache selbst conner sind, sind die Gläubiger nicht unterworfen, weil es ein Grundsatz ist, wer an den Cridar Ansprüche hat, muß als Concursgläubiger auftreten, und der Verpächter kann vor andern Gläubigern nichts voraus verlangen. Es folgt auch nicht, daß, weil die Gläubiger von den Rechten, welche der Schuldner aus einem von ihm geschlossenen zweyseitigen Vertrage erwarb, zu ihrem Vortheil Gebrauch machen können, dieselben nun auch, diese Berechtigungen des Schuldners sich anzueignen, gezwungen werden könnten, wenn die Gläubiger keinen Vortheil dabey finden.

100) S. *Christ. Frid. Imman.* SCHORCH Diss. An creditores orto concursu conductionem debitoris, qui bonis cessit, continuare teneantur? *Erf.* 1774. (in *Opuscul.* Nr. IX.) WALTHER Diss. An et quatenus successores conductoris ex conductione ab ipso celebrata, iura et obligationes adquirant? *Bützovii* 1775. vorzügl. Dabelow Entwick. der Lehre vom Concurse der Gläubiger. S. 711. und 712.

finden. Ihnen stehet ein unumschränktes Befriedigungsrecht aus der Masse zu. Nur ihre Convenienz und eigene Ueberzeugung zur Erreichung des höchsten Vortheils für sich, kann demnach entscheiden, wieweit sich die Grenzen der creditorischen Administrations-Befugniß zum Zweck ihrer Befriedigung erstrecken [1]). Treten jedoch die Concursgläubiger in den von dem Cridar geschlossenen Contract ein, so müssen sie natürlich auch eben so gut, wie derselbe, die Verbindlichkeiten und Bedingungen des Contracts für die Zukunft zu erfüllen [2]). Endlich entsteht noch die Frage, wenn Sachen des Gemeinschuldners während des Concurses von den Gläubigern oder dem Güterpfleger, vermiethet oder verpachtet worden sind, muß der Cridar, wenn er sich nachher durch Befriedigung seiner Gläubiger von dem Concurse frey macht, und sein Vermögen vor geschehener Veräusserung zurücknimmt, den geschlossenen Pachtcontract aushalten? Geht man von dem Gesichtspunct aus, daß die Gläubiger als Repräsentanten des Cridars handeln, so kann die Bejahung dieser Frage keinem Zweifel unterworfen seyn. Denn wollte der Gemeinschuldner einen solchen Contract nicht erfüllen, zu dessen Schließung die Concursgläubiger vermöge des auf sie durch den Concurs übergegangenen Administrations- und Dispositionsrechts nicht allein berechtiget, sondern sogar verpflichtet waren; so sind nicht die Gläubiger dem Pächter zur Evictionsleistung verbunden, sondern derselbe ist viel-

1) Dabelow S. 710. Karsten angeführter Versuch über die Verhältnisse eines Pacht-Interessenten zu den Concursgläubigern des andern Mitcontrahenten S. 19. ff. und Schweppe System des Concurses, §. 56. S. 82. und 83.

2) Schweppe §. 56. S. 82.

vielmehr berechtiget, sich, der Entschädigung wegen, an den Schuldner zu halten, in dessen Namen und an dessen Stelle die Verpachtung geschehen ist [3]).

Zu den Ausnahmen der Regel: Kauf bricht Miethe, rechnet man, 3) wenn sich der Conductor von dem Locator hat versprechen lassen, daß er die Sache vor Endigung der Mieth- oder Pachtzeit nicht veräussern wolle, und zur Sicherheit dieses Versprechens ein Pfandrecht auf die Sache bestellt worden ist. Hier glaubt man gewöhnlich, die Hypothek sichere den Conductor vor der Gefahr, von dem Käufer ausgetrieben zu werden [4]). Darin ist man zwar einverstanden, daß weder das pactum de non alienando an sich, noch die Hypothek, welche, ohne diesen Vertrag, blos zur Bestätkung des Contracts, auf der verpachteten Sache bestellet worden ist, dem Conductor hinlängliche Sicherheit gewähre. Denn das erstere giebt dem Conductor nur ein persönliches Recht gegen den Locator

3) Fried. von Bülow und Th. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 3. Band. Erört. L.

4) WERNHER Sel Observat. for. Tom I. P. II. Observ. 360. et Tom. II. P VII Obs. 227. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 81. et in Cautelis contract Sect II cap. 9 §. 15. et 16 LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 62. et 63. *I. H* BOEHMER Select. quaed. capita eaque plurimum pract. circa locat. et conduct. praedior. rusticor. Cap. III. §. 4 (Tom. III. *Exercitat.* p. 484) Claproth Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte 2. Th. §. 305. EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 22. not. 5. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1984. Westphal vom Kaufe ꝛc. §. 1031. u. a. m.

finden. Ihnen stehet ein unumschränktes Befriedigungsrecht aus der Masse zu. Nur ihre Convenienz und eigene Ueberzeugung zur Erreichung des höchsten Vortheils für sich, kann demnach entscheiden, wieweit sich die Grenzen der creditorischen Administrations-Befugniß zum Zweck ihrer Befriedigung erstrecken [1]). Treten jedoch die Concursgläubiger in den von dem Cridar geschlossenen Contract ein, so müssen sie natürlich auch eben so gut, wie derselbe, die Verbindlichkeiten und Bedingungen des Contracts für die Zukunft zu erfüllen [2]). Endlich entsteht noch die Frage, wenn Sachen des Gemeinschuldners während des Concurses von den Gläubigern oder dem Güterpfleger, vermiethet oder verpachtet worden sind, muß der Cridar, wenn er sich nachher durch Befriedigung seiner Gläubiger von dem Concurse frey macht, und sein Vermögen vor geschehener Veräusserung zurücknimmt, den geschlossenen Pachtcontract aushalten? Geht man von dem Gesichtspunct aus, daß die Gläubiger als Repräsentanten des Cridars handeln, so kann die Bejahung dieser Frage keinem Zweifel unterworfen seyn. Denn wollte der Gemeinschuldner einen solchen Contract nicht erfüllen, zu dessen Schließung die Concursgläubiger vermöge des auf sie durch den Concurs übergegangenen Administrations- und Dispositionsrechts nicht allein berechtiget, sondern sogar verpflichtet waren; so sind nicht die Gläubiger dem Pächter zur Evictionsleistung verbunden, sondern derselbe ist viel-

1) Dabelow S. 710. Karsten angeführter Versuch über die Verhältnisse eines Pacht-Interessenten zu den Concursgläubigern des andern Mitcontrahenten S. 19. ff. und Schweppe System des Concurses, §. 56. S. 82. und 83.

2) Schweppe §. 56. S. 82.

vielmehr berechtiget, sich, der Entschädigung wegen, an den Schuldner zu halten, in dessen Namen und an dessen Stelle die Verpachtung geschehen ist [3]).

Zu den Ausnahmen der Regel: Kauf bricht Miethe, rechnet man, 3) wenn sich der Conductor von dem locator hat versprechen lassen, daß er die Sache vor Endigung der Mieth- oder Pachtzeit nicht veräussern wolle, und zur Sicherheit dieses Versprechens ein Pfandrecht auf die Sache bestellt worden ist. Hier glaubt man gewöhnlich, die Hypothek sichere den Conductor vor der Gefahr, von dem Käufer ausgetrieben zu werden [4]). Darin ist man zwar einverstanden, daß weder das pactum de non alienando an sich, noch die Hypothek, welche, ohne diesen Vertrag, blos zur Bestätkung des Contracts, auf der verpachteten Sache bestellet worden ist, dem Conductor hinlängliche Sicherheit gewähre. Denn das erstere giebt dem Conductor nur ein persönliches Recht gegen den locator

3) Fried. von Bülow und Th. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 3. Band. Erört. L.

4) WERNHER Sel Observat. for. Tom I. P. II. Observ. 360. et Tom. II. P VII Obs. 227. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 81. et in Cautelis contract. Sect II cap. 9 §. 15. et 16 LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 62. et 63. *I. H* BOEHMER Select. quaed. capita eaque plurimum pract. circa locat. et conduct. praedior. rusticor. Cap. III. §. 4 (Tom. III. *Exercitat.* p. 484) Claproth Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte 2. Th. §. 305. EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 22. not. 5. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1984. Westphal vom Kauf &c. §. 1031. u. a. m.

tor auf Leistung des Interesse, wozu aber der Locator, vermöge des Contracts, schon ohnehin verpflichtet ist. Das Pfandrecht hingegen hat an sich nur die Wirkung, daß der Conductor, im Fall einer erfolgenden Veräusserung, sich an die Sache selbst halten, und diese so lange retiniren kann, bis ihm Entschädigung wegen der früher geendigten Conduction geleistet worden ist. Sobald aber diese erfolgt ist, so erlischt das Pfandrecht [5]). Wenn hingegen beydes mit einander verbunden wird, dann, glaubt man, sey der Conductor vollkommen gedeckt. Denn wenn nun der Locator, dem Vertrage zuwider, die Sache veräussert, so sey die Veräusserung nichtig, und das Eigenthum werde nicht übertragen [6]). Allein wie eine Hypothek in Verbindung mit dem pactum de non alienando das zu bewirken im Stande seyn sollte, was weder das Eine noch das Andere für sich zu bewirken vermag, ist unbegreiflich. Man beruft sich zwar auf die *L.* 7. §. 2. *D. de distract. pignor.* Allein diese Stelle, über deren Lesart noch sehr gestritten wird, wie ich an einem andern Orte [7]) gezeigt habe, redet von einem ganz andern Falle. Der Gläubiger läßt sich von dem Schuldner versprechen, daß er das Pfand oder die Hypothek nicht verkaufen wolle. Ein solcher Vertrag soll nach **Marcians** Ausspruche die Wirkung haben, daß die demselben zuwider geschehene Veräusserung ungültig sey. Hier paciscirte also der Gläubiger, der ein dingliches Sicherheitsrecht hatte. Ganz verschieden davon ist der Fall,

5) *L.* 6 §. 1. *L.* 12. §. 1. *D. Quib. modis pignus vel hyp. solvitur.*

6) Arg. *L.* 7. §. 2. *D. de distract. pignor.*

7) S. den 17. Th. dieses Commentars §. 976. S. 57. ff.

Fall, wenn sich der Pächter von dem Verpächter versprechen läßt, die Sache während der Pachtzeit nicht zu veräussern, und der Locator dem Conductor zur Sicherheit dieses Versprechens ein Pfandrecht auf der Sache bestellet hat. Die Wirkung der Hypothek, als ein Accessorium der Hauptverbindlichkeit, kann sich doch hier weiter nicht erstrecken, als soweit die Verbindlichkeit des Locators geht. Nun besteht aber diese blos in der Leistung des Interesse, wenn der Conductor im Falle einer erfolgten Veräusserung vor der Zeit vertrieben, und also hierdurch an der Benutzung der Sache gehindert wird. Nur in Rücksicht dieses Interesse wird also der Conductor durch die ihm zur Bestärkung des pacti de non alienando gegebene Hypothek sicher gestellt, nicht in Rücksicht der Fortdauer des Contracts. Ist also dieses Interesse dem Conductor von dem Käufer der ihm verpfändeten Sache geleistet worden, so hört die Wirkung des Vertrags auf, und der Pacht- oder Miethcontract ist geendiget. Denn durch die Bestellung der Hypothek wird die Natur des Pacht- oder Miethcontracts nicht geändert[8]). Es ist ein offenbarer Irrthum, wenn

8) Man vergleiche *Reink.* BACHOV Not. et Animadvers. ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. XXIX. Th. 8. ad v. *Sed quid si Locator*. pag. 1123. *Io. Nic.* HERTIUS Diss. de pacto, ne dominus rem suam alienet. §. 22. (in EIUS *Commentation. et Opuscul.* Vol. I. Tom. III. pag. 104.) *Christ.* GMELIN Diss. de pacto, ne dominus rem suam alienet. *Tübingae* 1789. §. 12. *Henr.* LAMPE Diss de vi et efficacia cautelae, pro tuendo iure conductoris adversus emtorem rei locatae expellentem. *Goett.* 1795. §. 7. et 8. und Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 2. B. §. 994.

wenn einige ältere Rechtsgelehrten [9]) dem Eide, womit das Versprechen des Locators, den Contract zu halten, und die vermiethete oder verpachtete Sache während der Pachtzeit nicht zu veräussern, bekräftiget worden ist, die Wirkung einer Special-Hypothek beylegen, und daher eine solche eidliche Bestärkung als eine vorzügliche Cautel empfehlen wollen. Denn die Verbindlichkeit aus einem Eide ist eine blos persönliche. Der Eid verbindet zwar den Locator, Wort zu halten, oder das Interesse zu leisten; allein er hindert die Uebertragung des Eigenthums der vermietheten oder verpachteten Sache eben so wenig, als er den Käufer verbindet [10]). Den angeführten Ausnahmen fügt Hellfeld endlich

4) noch die hinzu, wenn der successor singularis sich selbst dem Locator zur Fortsetzung des Contracts mit dem bisherigen Conductor verpflichtet hat, von welcher aber schon oben gehandelt worden ist. War es jedoch nicht bey der Veräusserung der Sache zur Bedingung gemacht, daß der neue Erwerber den Conductor nicht vor der Zeit austreiben solle, so läßt sich eine stillschweigende Verpflichtung daraus, daß der Eigenthümer bey der Veräusserung blos anführte, die Sache sey verpachtet, mit Grund nicht folgern [11]), weil die Entsagung eines Rechts

im

9) BARBOSA Comment. ad L. 9. Cod. de locat. et cond. nr. 16. SERAPHINUS de privileg. iuram. pag. 158. nr. 2.

10) TITIUS Observat. ratiocinant. ad Compend. iurie Lauterbach. Obs 598. und de COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu 23.

11) Anderer Meinung ist zwar de COCCEJI in iure civ controv. h. t. Qu. 22. Verb. *At aliud est.* nr. 3. Allein die L. 9. Cod.

im Zweifel nicht vermuthet werden kann [12]). Eben so wenig kann auch der Locator den neuen Erwerber der vermietheten oder verpachteten Sache durch Retention derselben zu einer Cautionsleistung nöthigen, dem Conductor die Contractszeit auszuhalten, oder ihn, seinen Auctor, in dem entgegengesetzten Falle zu entschädigen. Denn was die Gesetze [13]) blos bey dem Rückfall verpachteter Dotalgüter verordnet haben, läßt sich nicht auf jede andere Veräusserung verpachteter Sachen anwenden, wie schon Anton Faber [14]) gegen Cujaz [15]) gezeigt hat.

Eine sicherere Cautel für den Pächter wäre dagegen die, wenn er sich auf den Fall der Veräusserung ein dingliches Nutznießungsrecht bestellen ließe [16]). Zwar erlischt der ususfructus durch den Tod des Berechtigten, der

Cod. h. t. beweiset nichts für diese Behauptung. Die Worte: Verum si probetur, *aliquo pacto consensisse, ut in eadem conductione maneat*, quamvis sine scripto, bonae fidei iudicio, ei, quod placuit, parere cogetur, deuten auf einen nachher zwischen dem neuen Eigenthümer und den Locater ausdrücklich, oder stillschweigend geschlossenen Vertrag hin, z. B. der Käufer läßt den Conductor in der Miethe, und nimmt auch von ihm die Bezahlung des Miethzinses an. S. *Io.* RICHARD Praelect. in Cod. ad L. 9. cit. nr. 7.

12) *Mich. Gol.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 34. vorzügl. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 62.

13) *L. 25. §. ult. D. Soluto matrim.* S. oben §. 1061. S. 10. f.

14) De erroribb. Pragmaticor. Dec. XXIV. Err. 4. Verb. *Sed in eo videtur mihi valde errasse Cujacius.*

15) Commentar. ad Iul. Paulum *L. 25. §. 4. D. Soluto matrim.* in Operib. a *Fabroto* edit. T. II. pag. 596. sq.

16) S. LAMPE Diss. cit. §. 9.

der Usufructuar trägt auch die Lasten der nutznießlichen Sache, welches bey der Conduction nicht so ist. Allein da dieses theils nicht zu dem Wesen des Nießbrauchs gehört, theils aber auch ein Ususfructus so bestellt werden kann, daß er sowohl dem Usufructuar als den Erben desselben zustehen soll [17]); so kann durch Verabredung der Partheyen dieses alles, was sonst bey dem Pacht gilt, auch bey der Bestellung des Ususfructus auf den Veräusserungsfall festgesetzt werden. Daß überdem der Ususfructus, eben so wie ein Pacht, auf eine bestimmte Zeit, so wie auch von einer gewissen Zeit an, constituirt werden kann, leidet keinen Zweifel [18]). Es scheint, daß die, auf bey den Verpachtungen, nach dem ältern Rechte der Römer üblich gewesene Mancipation, mit Beyfügung des pacti fiduciae, ebenfalls als Cautel zur Sicherheit des Pächters gebraucht worden sey, wovon ich schon an einem andern Orte [19]) gehandelt habe.

§. 1064.

Klagen aus dem Mieth- oder Pacht-Contract.

Durch den Mieth- oder Pachtcontract werden in der Regel zwey Klagen erzeugt, welche, für beyde Contrahenten Hauptklagen (actiones utrimque directae) sind, nämlich die *actio* LOCATI, welche dem Locator gegen den Conductor zusteht, und die *actio* CONDUCTI, welche

17) *L. 38. §. 12. D. de Verbor. obligat.*

18) *L. 16. §. 2. D. Fam. ercisc. L. 30. §. 1. D. de Usu et Usufr. legato.*

19) S. den 17. Th. S. 271. f.

welche der Conductor gegen den Locator anstellt [20]). Beyde gehen auf die Erfüllung der Verpflichtungen, welche jedem Theile vermöge des Contracts obliegen, und richten sich darnach, ob Sachen oder Dienste vermiethet worden sind; sie gehen nicht minder auf Erfüllung der dem Contract angehängten Nebenverträge [21]). Beyde Klagen gehen auch auf die Erben über [22]). Zuweilen entsteht jedoch nur eine Klage aus dem Contract, nämlich wenn er nur von der einen Seite eine Hauptverbindlichkeit begründet. Dieß kann a) die *actio ex locato* seyn, wenn nicht der Locator, sondern nur der Conductor durch den Contract verpflichtet wird, wie z. B. in dem Falle, wenn dem Käufer bis zur Bezahlung des Kaufgeldes das verkaufte Grundstück verpachtet worden ist. Hier ist der Verkäufer aus dem Pachtcontract zu nichts verpflichtet. Seine Verpflichtungen bestimmt blos der Kaufcontract. Die actio conducti gegen den Verkäufer als Verpächter, ist daher nicht denkbar. Allein der Käufer muß bis zur Bezahlung des Kaufgeldes den Pachtzins entrichten. Diese Verpflichtung entspringt nicht aus dem Kaufe, sondern aus dem neben demselben geschlossenen Pachtcontract. Dieser Neben-Contract endiget sich also, sobald das Kaufgeld ganz bezahlt ist, ohne daß deswegen eine besondere Aufhebung desselben nöthig ist. Nur nach dem Verhältniß

20) S. Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden. §. 955. ff.

21) S. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 892—94.

22) *L. 15. pr. L. 19. §. 8. D. h. t. L. 10. Cod. eodem. §. 6. I. eodem.*

niß dieser Zeit können daher die Pachtgelder mit der actio locati oder auch venditi von dem Käufer gefordert werden[23]). b) Zuweilen bleibt nur noch die *actio conducti*, wenn der Locator dem Conductor seine Verpflichtungen aus dem Contract erlassen hat, welches auch im Testament geschehen kann[24]).

Sind die Dienste eines Handwerkers oder Künstlers zur Verfertigung eines gewissen Werks gedungen worden, so wird nach dem Sprachgebrauche der Röm. Rechtsgelehrten dem Eigenthümer, welcher das Werk verfertigen läßt, die actio locati, dem Unternehmer aber, welcher das Werk ausführt, die actio conducti zugeeignet[25]). Beyde Klagen gehen denn auch natürlich auf die Erfüllung der im Betreff des verdungenen Werks beyden Contrahenten obliegenden Verbindlichkeiten; nämlich die *actio locati*, gegen den Unternehmer des Werks, auf die Ausführung desselben den Bedingungen und Vorschriften des Contracts gemäß, oder, wenn dieses gar nicht, oder nicht in der gehörigen Zeit geschehen ist, auf Leistung des Interesse, oder Bezahlung der bedungenen Strafe, nicht minder auf Ersatz des durch die fehlerhafte Arbeit verursachten Schadens, und wenn der Contract aufgehoben worden ist, auf Herausgabe des zur Ausführung des Werks erhaltenen und noch

23) *L.* 20. §. 2. *L.* 21. und *L.* 22. *D. h. t.* S. den 17. Th. dieses Commentars §. 1050.

24) *L.* 24. §. 5. *D. h. t.* POTHIER Pand. Justin. h. t. Num. XIV. not. 2.

25) *L.* 13. §. 5. *et* 10. *L.* 24. *pr. L.* 48. *pr. L.* 51. §. 1. *L.* 60. §. 4. *D. Loc. cond. L.* 38. §. 21. *et* 23. *D. de Verb. Oblig. L.* 2. *C. h. t.*

noch nicht verwendeten Geldes. Die actio conducti hingegen geht gegen den Besteller des Werks auf Bezahlung des bedungenen Lohns, Erstattung der auf das Werk im Namen des Eigenthümers verwendeten Kosten, und Auslagen, auch in Säumungsfall mit Zinsen, so wie auf Erfüllung alles dessen, was etwa noch sonst ist ausgemacht worden [26]).

Zuweilen können auch beyde Klagen aus demselben Geschäft dem einen Contrahenten gegen den andern zugleich zustehen. Einen solchen Fall hat Afrikan *L. 35. §. 1. D. h. t.* Cum fundum communem habuimus, et inter nos convenit, ut alternis annis certo pretio eum conductum haberemus: tu, cum tuus annus exiturus esset, consulto fructum insequentis anni corrupisti. Agam tecum duabus actionibus, una *ex conducto*, altera *ex locato*. Locati enim iudicio mea pars propria, conducti autem actione tua duntaxat propria in iudicium venient. Deinde ita notat: Nonne, quod ad meam partem attinebit, communi dividundo praestabitur a te mihi damnum? Recte quidem notat. Sed tamen etiam SERVII sententiam veram esse puto: cum eo [27]) scilicet, ut,

26) S. HAASE Comm. II. de opere locato et cond. Cap. VII. §. 2.

27) *Cum eo* heißt hier cum haec adjectione seu observatione. Afrikan drückt sich an einem andern Orte, *L. 39. D de solut.* eben so aus. Es ist daher die bey Haloander und Bandoza vorkommende Lesart *in eo* ganz unrichtig, wie auch schon Cujaz Tr. VIII. ad Africanum h. L. bemerkt hat. Man sehe auch ROTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. XVII. not. e.

cum alterutra actione rem servaverim, altera peremtur. Quod ipsum simplicius ita quaeremus, si proponatur inter duos, qui singulos proprios fundos haberent, convenisse, ut alter alterius ita conductum haberet, ut fructus mercedis nomine pensaretur.

Der Fall, den Afrikan hier vorträgt, ist also folgender. Ich besitze mit dem A. gemeinschaftlich ein Grundstück. Um allem bisherigen Streite über die Theilung der Früchte für die Zukunft ein Ende zu machen, vereinigen wir uns dahin, daß Einer dem Andern seinen Antheil an dem gemeinschaftlichen Grundstück verpachten wolle; so daß also einer nach dem andern die Früchte ein Jahr um das andere für ein bestimmtes Pachtgeld allein sollte erheben können. Der Vertrag wird vollzogen. Allein der Miteigenthümer, an dem gerade die Reihe war, verdirbt, wie sein Jahr zu Ende geht, das Grundstück absichtlich auf eine solche Art, daß die Frucht für das folgende Jahr, da ich das Grundstück zu benutzen habe, verlohren war[28]). Was werde ich nun hier für eine Klage gegen den Miteigenthümer anstellen? Servius Sulpicius, dem die ersteren Worte dieses Fragments bis, *in iudicium venient*, angehören, meinte, daß ich mich der beyden Klagen aus dem Pachtcontract bedienen könnez nämlich der *actio locati* wegen meines eigenen Antheils, den ich dem Andern verpachtet hatte, und der *actio conducti* wegen des

28) Ulpian führt L. 23. *D. Communi divid.* einen ähnlichen Fall an, nur war daselbst nicht so, wie hier, ein Pachtcontract geschlossen worden, daher fiel die Klage aus dem Pachtcontract weg.

des Antheils des Miteigenthümers, den ich für das folgende Jahr gepachtet hatte. Denn auf beyden Theilen des Grundstücks war die Frucht verderbt worden. **Julian** erinnerte dagegen, daß ich vielmehr wegen meines Antheils mit der actio communi dividundo auf Schadensersatz klagen müsse. Die Worte: Deinde ita notat, bis praestabitur a te mihi damnum, enthalten diese Note des **Julianus**. Beyde Meinungen sucht nun **Afrikan** dahin zu vereinigen, daß er zwar dem **Julian** in so weit Recht giebt, daß mir wegen meines Antheils die actio communi dividundo zustehe, aber auch die Meinung des **Servius** für richtig hält. Denn allerdings kann ein Socius von dem andern wegen eines solchen Dolus, der hier war zu Schulden gebracht worden, mit der actio communi dividundo Schadensersatz fordern; allein da hier unter den Miteigenthümern ein Pacht geschlossen war, so hatte ohne Zweifel auch die aus dem Contract entspringende Klage Statt. Weil indessen doch beyde Klagen auf Ersatz alles Schadens und Leistung des Interesse gehen, welches man natürlich nicht zweymal verlangen kann; so bestimmt **Afrikan** das Verhältniß beyder Klagen zu einander näher dahin, daß ich mich mit einer von beyden Klagen begnügen müsse, und daher, wenn ich durch die eine meine vollkommene Entschädigung erhalten habe, die andere Klage erlösche. Soviel bleibt doch aber immer gewiß, daß ich, wenn ich aus dem Pachtcontract klage, mich der actio locati und conducti bedienen könne. Eben diese beyden Klagen finden auch noch in einem andern weniger verwickelten Falle Statt, nämlich wenn zwey Nachbarn ihre an einander gränzenden eigenthümlichen Ländereyen einander gegenseitig dergestalt verpachtet haben, daß,

daß, ſtatt des Pachtgeldes, der Eine des Andern Grundſtück benutzen ſolle [29]).

Als bloße Perſonalklagen finden ſie gegen einen Dritten nicht Statt. Iſt daher

1) die nämliche Sache mehreren vermiethet oder verpachtet worden, ſo hat der erſtere Conductor keine Klage gegen den letztern, dem die Sache bereits zur Benutzung iſt eingeräumt worden, ſondern er kann blos wegen nicht gehaltenen Contracts gegen den Locator auf Entſchädigung klagen [30]). Iſt die Sache noch keinem von beyden übergeben, ſo geht der erſtere Conductor dem ſpätern vor, nach der Regel: prior tempore est potior iure. Der letztere klagt dann gegen den Locator auf das Intereſſe [31]). Es behaupten jedoch mehrere Rechtsgelehrten [32]), daß auch in dem erſten Falle die erfolgte Uebergabe dem ſpätern Conductor kein vorzügliches Recht gebe, wenn dieſer gewußt hat, daß über die Sache ſchon früher mit einem Andern ein gültiger Pachtcontract ſey abgeſchloſſen worden. Die Praxis hält in dieſem Falle nicht einmal für nöthig, daß der erſte Pächter gegen den Verpächter auf Leiſtung des Inter-

29) Man vergleiche über dieſe Geſetzſtelle CUJACIUS ad Africanum Tract. VIII. ad L. 35 §. 1. D. h. t. und Weſtphal von Kauf, Pacht- und Miethcontract. §. 918.

30) Arg. *L. 6. Cod. de hered. vel act. vend. et L. 15. Cod. de rei vindicat.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15.

31) *L. 26. D. h. t.*

32) BRUNNEMANN Comm. ad L. 15. Cod. de Rei vind nr. 6. in fin. *Frid. de* BEHMER Nov. iure controv. T. II. Obs 92. p. 573. und Pütter auserleſene Rechtsfälle 4. Bandes 1. Th. Resp. 357. nr. 18.

Interesse klage, sondern giebt demselben gegen den spätern Pächter eine Klage, nämlich die actio de dolo, oder revocatoria in factum. Beym Kaufe sey es freylich anders. Allein da wirke auch die Tradition ein dingliches Recht; der Pächter hingegen habe, der Tradition ungeachtet, nur ein persönliches Recht.

2) Hat der Conductor die Sache sublocirt, so hat der erste Locator gegen den Subconductor keine Klage. Denn es sind zwey ganz verschiedene Contracte vorhanden, die nicht mit einander vermischt werden dürfen [33]). Das Rechtsverhältniß zwischen dem ersten Locator und seinem Conductor wird dadurch nicht geändert. Daher bleiben die von dem Afterpächter gezogenen Früchte dem Pfandrechte des erstern Verpächters und zwar für den ganzen Pachtzins, den der Afterverpächter dem ersten Verpächter noch schuldig ist, eben so unterworfen, als ob er sie selbst eingeärndet hätte [34]); es muß auch der erste Conductor für jedes Verschulden in Rücksicht der Wahl des Subconductors haften [35]). Da jedoch der Miethcontract nur unter den Contrahenten wechselseitige persönliche Verbindlichkeiten hervorbringt, so kann freylich jeder Contrahent nur gegen seinen Mitcontrahenten klagen; und es finden daher zwischen

33) ANDERSON. Diss. de iure, quod competit primo locatori in subconductorem. *Goett. 1777.*

34) *L. 24. §. 1. D. h. t.* Si colonus locaverit fundum, res posterioris conductoris domino non obligantur, *sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset.* S. Meißner's vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte 1. Th. §. 69.

35) *L. 11. pr. D. h. t.*

schen dem ersten Locator und dem Subconductor gegenseitig keine Klagen statt[36]. Darum haftet auch der Bürge des Subconductors dem ersten Locator nicht, weil dieser mit jenem in keinem Contractsverhältniß steht[37]). Dahingegen erstreckt sich das stillschweigende Pfandrecht des erstern Vermiethers auf die invecta und illata des Aftermiethsmannes so gut, wie auf die des erstern Conductors, jedoch nur soweit der Aftermiether seinem Aftervermiether den Miethzins noch schuldig ist[38]). Hätte jedoch der Aftermiethmann das Miethgeld an den ersten Vermiether bezahlt, so wird er dadurch auch von seiner Schuld in Ansehung des Aftervermiethers befreit, insofern nämlich dieser seinem Locator den Miethzins selbst noch schuldig war. Die Hypothek, welche auf seinen Illaten haftete, wird

36) *L. 7. et 8. D. h. t. L. 73. §. fin. D. de div. reg. iuris*

37) *L. 53. D h t* PAPINIANUS libro II. *Responsor.* Qui fideiussor extitit apud *mancipem* pro colono publicorum praediorum, quae mancips ei colono locavit, Reipublicae non tenetur: sed fructus in eadem causa pignoris manent. MANCEPS wird hier derjenige genennt, welcher bey einer Societas Vectigalium, oder bey der Verpachtung fiscalischer Grundstücke, den Pacht unternahm, und mit dem Staat contrahirte, an welchen sich daher auch, als den princeps publicanorum, wie ASCONIUS PEDIANUS *in Divinat.* c. 10. sagt, der Staat hielt. Er hieß *Manceps* nach FESTUS, *quia, in licitatione superior, manu sublata significabat, se esse auctorem emtionis.* S. *Pet.* BURMANN de Vectigalib. Pop. Rom. Cap IX. p. 133.

38) *L. 11. §. 5. D. de pigner. act.* VOET Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 2. §. 6. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 23.

wird dadurch getilgt, und er kann dieselben mit der directen Pfandklage zurückfordern, wenn der Aftervermiether sie zurückhält[39]).

3) Endlich ist noch zu bemerken, daß nach geendigter Mieth- oder Pachtzeit der Conductor nicht genöthiget werden kann, den Contract fortzusetzen[40]). Er kann aber auch, wenn er sich nicht ausbedungen hat, keinen Vorzug vor dem neuen Pächter verlangen, wenn er gleich die besseren Bedingungen des letztern zu erfüllen bereit wäre[41]). Eine Ausnahme findet jedoch bey Verpachtungen öffentlicher Revenüen, und fiskalischer Güter Statt. Hier muß der alte Pächter bleiben, wenn sich bey einer neuen Verpachtung keine Liebhaber finden, jedoch auch nur dann, wenn derselbe bey dem ersten Pacht ausserordentlich gewonnen hätte[42]); außer diesem Falle bleibt es auch in Ansehung solcher öffentlicher Pachtungen bey der Regel[43]). Da-

39) Meißner angef. Darstellung 2. Th. §. 64.

40) *L. 11. Cod. h. t.*

41) *L. 32. Cod. eodem.* S. *Christ.* WILDVOGEL Diss. de iure praeferentiae in locatione. *Ienae* 1703. Cap. III. §. 1. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 13. *Sam. de* COCCEII. iur. civ. controv. h. t. Qu. 14. und Westphal §. 1015.

42) *L. 11. §. 5. D. de publicanis.* PAULUS *libro 5. Sententiarum.* Qui maximos fructus ex redemtione vectigalium consequuntur, si postea tanto locari non possunt, ipsi ex prioribus pensionibus suscipere compelluntur.

43) *L. 3. §. 6. D. de iure fisci.* CALLISTRATUS *libro 3. de iure fisci.* Cum quinquennium, in quo quis pro publico conductore se obligavit, excessit, sequentis temporis nomine non tenetur: idque Principalibus Rescriptis exprimitur. *Divus* quidem HADRIANUS de his verba rescripsit: Vel-

Dagegen sollen nach einer Verordnung der Kaiser Honorius und Theodos II.[44]) die Pächter öffentlicher Güter bey der Wiederverpachtung ein Vorzugsrecht haben, wenn sie die besseren Bedingungen des neuen Pächters erfüllen wollen. Die Rechtsgelehrten sind zwar über die heutige Gültigkeit dieser Verordnung nicht einig. Einige[45]) wollten nämlich die Anwendbarkeit derselben in Deutschland darum bezweifeln, weil theils das Römische Recht überhaupt in Gegenständen der deutschen Staatsverfassung nicht ange-

Valde inhumanus mos est iste, quo retinentur conductores vectigalium publicorum et agrorum, si tantidem locari non possint: nam et facilius invenientur conductores, si scierint fore, ut, si peracto lustro discedere voluerint, non teneantur. S. Iul. PACIUS Εναντιοφανῶν seu Legum conciliatar. Centur. VI. Qu. 79.

44) *L. 4. Cod. de locat. praedior. civilium vel fiscal. sive templor. s. rei privatae vel dominicae.* (XI. 70.) Congruit aequitati, ut veteres possessores fundorum publicorum novis conductoribus praeferantur, si facta per alios augmenta suscipiant. Diese Verordnung geht nicht blos auf fiskalische Güter, sondern auch auf Patrimonialgüter des Regenten, wie theils aus der Rubrik des Titels, theils aus *L. 3. Cod. Theod. de locat. fundor. iur. emphyt.* (X. 2.) erhellet. Man wendet sie auch auf Pachtungen städtischer Güter an. S. WERNHER Select. Observat. for. T. II. P. X. Obs. 330. Westphal §. 1016. Man sehe überhaupt über dieses Gesetz *Goth.* SUEVI Diss. ad L. 4. C. cit.

45) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXXI. §. 13. *Andr. Flor.* RIVINUS in Diss. An et quatenus in locat. fundorum publicor. veteres possessores praeferendi sint. *Viteemb.* 1737. §. 34. besonders Joh. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. 2. Bem.

angenommen sey, theils die Staatspächter bey den Römern verhaßt gewesen, und sich daher zu solchen Pachtungen eben nicht viel Liebhaber gefunden hätten, welches aber jetzt ganz anders sey, daher der Grund des Gesetzes nun wegfalle. Allein diese unbedeutenden Gründe sind schon längst von andern widerlegt, und der heutige Gebrauch jener römischen Verordnung durch die Praxis, vorzüglich bey Kammerpachtungen, bestätiget worden[46]). Bey den Verpachtungen der Kirchen-Ländereyen wird jedoch dem alten Pächter kein Vorzugsrecht gestattet[47]).

Auſſer jenen Contractsklagen finden auch nach Endigung des Contracts possessorische Rechtsmittel Statt, nämlich 1) von Seiten des Vermiethers oder Verpächters das interdictum unde vi oder auch die Spolienklage, wenn der Conductor ohne gerechte Ursache die Zurückgabe der Sache verweigert; 2) von Seiten des Conductors das Interdictum de migrando, welches jedoch nur bey gemietheten Wohnungen dem Inquilin zusteht, wenn ihm beym Abzuge der Vermiether seine Sache nicht verabfolgen lassen

46) BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. 5. Th. 25. not. 2. LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. CCXV. medit. 4. PUFENDORF Observat. iuris univ. T. I. Obs. 136. §. 1. besonders *Tob. Iac.* REINHARTH Observat. select. ad *Christinaei* Decis. Vol. V. Obs. 14. Pütter auserlesene Rechtsfälle 4. B. 1. Th. Resp. CCCLIII. nr. 19. u. 20. und von Bülow u. Hagemann pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 3. Band Erört. 30.

47) Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 10. Band Medit. 515.

lassen will, ohnerachtet er ihm nichts mehr schuldig ist[48]). Von den erstern ist schon oben (§. 1060.) gehandelt worden, von den letztern handelt Tit. 32. des 43. Buchs der Pandecten.

48) *L. 1. §. 1. D. de migrando.* Hoc interdictum proponitur *inquilino*, qui soluta pensione vult migrare; nam *colono* non competit. S. FABER de Errorib. Pragmaticorum Decad. LVIII. Err. 3. Westphal vom Kaufe ꝛc. §. 1038. ff.

Lib. XIX. Tit. III.

De Aestimatoria.

§. 1065.

Begriff und Natur des Trödelcontracts.

Wenn ich Jemandem eine Sache für einen bestimmten Preis zum Verkauf unter der Bedingung einhändige, daß er entweder diesen Preis einliefern, oder die Sache selbst wieder zurückgeben soll, so nennt man diesen Vertrag den Trödelcontract, *contractus aestimatorius*[49]. Zu welcher Gattung von Contracten derselbe zu rechnen sey, scheint schon unter den römischen Rechtsgelehrten zweifelhaft gewesen zu seyn, wie aus *L.* 1. *pr D. h. t.* zu ersehen ist; und noch jetzt giebt es zwey Partheyen unter den Rechtsgelehrten, deren eine den Trödelcontract zu den genannten[50], die andere[51] aber zu den ungenannten

49) *Guil. Hier.* BRÜCKNER Diss. de contractu aestimatorio. *Ienae 1710.*

50) S. *Io. Ern.* FLOERCKE Diss. de contractu aestimatorio tanquam contractu nominato. *Halae 1756. Io. Gottl.* LANGSDORF Tr. de pactis et contractib. Romanor. *Manhemii 1772.* §. 34. (in Hugo civilist. Magazin 1. Band S. 441. f.) und *Io. Gottl.* MÜLLER Vindiciae contractus aestimatorii secundum eos, qui in nominatorum numerum adserunt, tentatae. *Lipsiae 1778.*

51) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. BRÜCKNER cit. Diss. §. 3. De COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. et ad *Eun-*

ten Contract zählt. Es ist allerdings nicht zu läugnen, daß der Trödelcontract mit manchem genannten Contract eine Aehnlichkeit hat, ja zuweilen schwer davon zu unterscheiden ist; und es konnte daher leicht ein Zweifel entstehen, ob nicht die actio ex vendito, oder ex conducto, oder die actio mandati Statt finde, wenn man erwägt, daß doch der Empfänger die ihm zum Verhandeln gegebene Sache für den käuflich angeschlagenen Preis selbst behalten, oder daß er für das Verhandeln der Sache einen Lohn erhalten, oder auch wohl dieses Geschäft ganz unentgeldlich übernehmen kann. Ja wenn man sich auch diesen Contract vom Kauf, Miethcontract, und Mandat, als ganz verschieden denkt, so kann doch leicht die aus diesem Contract gegebene *actio aestimatoria* den Glauben an einen genannten Contract erwecken. Allein ganz entscheidend lehrt Ulpian *libro* 32. *ad Edictum*, woraus die *L.* 1. *D. h. t.* genommen ist, das Gegentheil: Actio *de aestimata*, sagt er, proponitur tollendae dubitationis gratia. Fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum *ex vendito* sit actio propter aestimationem: an *ex conducto*, quasi operas conduxissem: an *mandati?* Melius itaque visum est, *hanc actionem* proponi. *Quoties enim de* NOMINE CONTRACTUS ALICUIUS *ambigeretur*, *conveniret tamen* aliquam

Eundem EMMINGHAUS not. n. *Io. Melch. Gottl.* BEHRE Diss. de origine modorum contrahendi apud Rom. *Halae* 1778. §. 25. GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. nov. T. II. §. 1041. Thibaut Syst. des Pand. R. 2. B. §. 896. Bucher Recht der Forderungen §. 120. u. a. m.

quam actionem dari, dandam aestimatoriam[52]) PRAESCRIPTIS VERBIS *actionem: est enim negotium civile gestum, et quidem bona fide.* Quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus. Deutlich genug wird in dieſer Stelle geſagt, daß Tröbelcontract ſey ein negotium civile, welches zwar eine causa, aber kein nomen hat, und auf welches keine der Klagen aus benannten Contracten paſſe[53]). Wie hätte auch ſonſt Zweifel über die Klage entſtehen können, wenn dieſer Contract eben ſo, wie die emtio, venditio, locatio, conductio, und andere Contracte, denen ein proprium nomen beygelegt iſt, in das Verzeichniß der Contracte wäre aufgenommen worden? und wozu wäre die actio praescriptis verbis nöthig geweſen? Der Beyſatz *aestimatoria* darf uns nicht irre machen. Denn dieſer iſt nur eine adiectitia qualitas, wodurch die Eigenſchaft der actio praescriptis verbis ausgedruckt wird, welche von der dieſem Contract weſentlichen Aeſtimation her-

52) *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. hält das Wort *aestimatoria* für die Gloſſe irgend eines unwiſſenden Interpreten, welche weggeſtrichen werden müſſe. Eben dieſes behauptete auch ſchon vor ihm *Franc.* HOTOMANN Observat. Lib. V. cap. 16. Man kann jedoch die Stelle mit Accurſius auch ſo verſtehen, dandam esse praescriptis verbis actionem, quae in hoc casu *aestimatoria* appellatur. Denn es verſteht ſich wohl von ſelbſt, daß die actio praescriptis verbis nicht in jedem andern Falle dieſen Beyſatz erhalten könne. Man ſehe auch *Ios. Fern. de* REYES Opusc. Lib II. Sect. I. Cap. 8. Num. 4. (in *Thes. Meerm.* T. VI. p. 106.)

53) Man vergleiche hiermit die L. 7. §. 1. *et* 2. *D de pactis.* und *Christ. Frid. Ge.* MEISTER Diss. de in factum actionibus. §. 26. et 27. (in Opusc. *Goett.* 1766. pag. 355. sqq.

hergenommen ist, aber kein nomen contractus beweiset. Denn der Name contractus aestimatorius findet sich in dem ganzen Civilrecht nicht. Von dem Kaufe unterscheidet sich nun der Trödelcontract darin, daß die Sache nicht dem Trödler selbst käuflich überlassen, sondern ihm für einen bestimmten Preis zum Verhandeln gegeben wird, und daß es in seiner Willkühr steht, entweder die Sache selbst zurückzugeben, oder den dafür bestimmten Werth einzuliefern [54]). Eben so steht es aber auch dem Eigenthümer frey, seine Sache, so lange sie noch nicht verkauft ist, wieder zurückzufordern [56]). Alles dieses

54) S. de COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XIX. Tit. 5. Qu. 1. MEISTER Diss. cit. de in factum actionibus. §. 27. in *Opuscc.* p. 306. Thibaut Syst. §. 896.

55) *L. 1. §. 1. D. h. t.* sagt: *Aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut aestimationem, in qua convenit.* S. BRÜCKNER cit. Diss. §. 5. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 3.

56) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 19. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 12 HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 2055. Das Gegentheil behauptet zwar FLOERKE cit. Diss. §. 14. dem auch *Christ. Gottl.* RIECIUS in Diss. de mercibus in commissionem mercatori ad vendendum datis §. 54. in EIUS *Exercitat. in univ. ius cambiale.* Exercit. XI. Sect. II pag. 70.) beystimmt. Allein der Grund, daß der Trödler nur alternativ verbunden sey, und ihm daher die Wahl zustehe, tritt nur dann ein, wenn mit der Klage aus dem Contract auf die Erfüllung desselben gedrungen wird, hindert aber den Eigenthümer nicht, vor dem Verkaufe seiner Sache, den Contract aufzuheben. Denn da dieser Contract seine rechtliche Natur und Bestimmung lediglich aus dem Röm. Recht erhalten hat, so müssen auch

dieses widerstreitet der Natur des Kaufcontracts. Von einem Mandat ist der Trödelcontract darin verschieden, daß in dem letztern der Empfänger von seiner Verbindlichkeit frey wird, wenn er nur denjenigen Preis erlegt, wofür die Sache des Verkaufs wegen angeschlagen worden, gesetzt auch, daß er die Sache um einen höhern Preis verkauft hätte [57]). Denn dieser Gewinn gehört ihm nach der Natur des Contracts, es mag ausgemacht seyn oder nicht [58]). Der Mandatär hingegen darf sich keinen Gewinn zueignen, sondern muß seinem Gewaltgeber einliefern, was er

auch die Grundsätze desselben hier rein angewendet werden. S. *Lud. God.* MADIHN ad *Mencken* Introd in doctr. de actionibus forens. not. 937. pag. 302. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. 12. not e.

57) *L. 1 §. 1. D. h. t.* wo Paulus sagt: der Trödler brauche nur *aestimationem*, DE QUA CONVENIT, zu bezahlen. S. de COCCEJI iur civ. controv. h t. Qu. 14. und HOFACKER Princ. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 2055. in fin.

58) Anderer Meinung sind zwar VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 2. ZOESIUS Comm. ad Pand. eod. tit nr. 3. Allein die *L. 13. pr. D. de praescript. verb.* ist nicht entgegen. Denn wenn Ulpian daselbst sagt: Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet, neque mandati, neque pro socio esse actionem: sed in factum, quasi alio negotio gesto; so folgt daraus noch nicht, daß es, ohne einen solchen Vertrag, anders sey. Denn davon war hier die Frage nicht, sondern nur von der Art der Klage. S. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. §. 21. BERGER Resolut. legum obstant. h. t. Qu. 6.

er durch den Auftrag erhalten hat[59]). Er übernimt auch das Geschäft aus Freundschaft unentgeldlich, dahingegen dem Trödler ein Lohn versprochen werden kann[60]). Im Trödelcontract muß ferner die zum Verhandeln übergebene Sache zu einem gewissen Preise käuflich angeschlagen seyn. Allein in dem Mandate braucht nicht die Sache gerade ihrem Werthe nach bestimmt geschätzt zu seyn. Ich kann sagen, der Empfänger solle sehen, wie hoch er die Sache ausbringen könne. Dieß kann nicht als ein Trödelcontract, wohl aber als ein Mandat gelten[61]). Von einer Location unterscheidet sich endlich der Trödelcontract darin, daß hier nicht nothwendig, wie im Miethcontract, ein gewisser Lohn versprochen werden muß, mit welchem sich hingegen der Locator begnügen muß, ohne sich den Ueberschuß des Kaufpreises, wie im Trödelcontract, zueignen zu können[62]). Von allen drey Contracten ist der contractus aestimatorius überhaupt darin unterschieden, daß derselbe, als ein ungenannter Realcontract, seine Perfection erst durch die Uebergabe der käuflich geschätzten Sache erhält:

59) *L. 10. §. 8. et 9. D. mandati. L. 20. pr. D. eodem. L. 13. pr. D. de praescript. verbis. Iust. Henn.* BOEHMER Diss. de translatione dominii in contractu aestimatorio. *Halae* 1703. §. 13. (in *Exercit.* ad Pand T. 3.) de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. BRÜCKNER cit. Diss. §. 6.

60) *L. 1. §. 4. D. Mandati.* Mandatum, *nisi gratuitum*, nullum est. *L. 2. D. h. t.* Haec actio utilis est, *et si merces intervenit.*

61) BOEHMER Diss cit. §. 14. und RICCIUS cit. Diss. §. 44.

62) *Sam. de* COCCEJI Qu. 4. et ad *Eundem* EMMINGHAUS not. u. BRÜCKNER c. l.

erhält: alioquin, si res nondum tradita sit, sagt Paulus *L.* 1. §. 2. *D. de rerum permutatione*, nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his dumtaxat receptum est, *quae nomen suum habent*; ut in emtione, venditione, conductione, mandato. Noch deutlicher giebt dieses Ulpian zu erkennen, wenn er *L.* 1. *pr. D. h. t.* das Wesen unsers Contracts darin setzt: cum res aestimata vendenda datur[63]). So wie also vor der Uebergabe der Sache noch gar keine obligatio ex re begründet ist; so entsteht dagegen dieselbe, nach der Uebergabe, nur auf Seiten des Empfängers in so weit: ut aut ipsam rem incorruptam reddat, aut aestimationem, de qua convenit, praestet, wie ebenfalls Ulpian *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* lehrt. Ob aber durch die Uebergabe auch das Eigenthum der Sache auf den Trödler übertragen werde? ist eine sehr streitige Rechtsfrage. Viele[64]) glauben, eine solche Uebertragung aus der alternativen Verbindlichkeit des Trödlers erweisen zu können. Denn wäre das Eigenthum nicht auf den Empfänger übergegangen, so würde ja der Geber befugt seyn, die Sache schlechthin zurückzufordern. Man sagt ferner, die Schätzung geschehe ja bey dem Trödelcontract venditionis

63). Hierdurch widerlegt sich die entgegengesetzte Meinung des TITIUS in Observat. ad *Lauterbachium*. Obs. 626.

64) STRYK Tr. de actionibus investig. Sect. I Membr. IV. §. 11. LAUTERBACH Colleg. th pr Pand. h. t. §. 9 BERGER Resolut. Legg. obstant. h. t. Qu. 1. *Iust. Henn.* BOEHMER Diss. cit. de translatione dominii in contractu aestimatorio. §. 33. sqq. KNORRE select Observat. ad Pand. Obs. 432. FLOERCKE Diss de contractu aestimatorio §. 12. BRÜCKNER Diss. cit. §. 17. sqq. *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. II. §. 233. u. a. m.

tionis gratia. Durch einen solchen käuflichen Anschlag der Sache gebe also der Eigenthümer zu erkennen, daß er die Sache nicht weiter behalten, sondern nur den Preis dafür haben wolle. Daher müße denn auch der Trödler, als Eigenthümer, die Gefahr tragen. Aestimatio autem, sage Ulpian ganz bestimt, *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* periculum facit eius, qui suscepit. Und ist es wahr, was die Philosophen sagen, *effectus testantur de causa*, so sey vollends kein Zweifel mehr übrig, daß der Trödler durch die Uebergabe Eigenthümer der zum Verkauf gegebenen Sache werde. Denn er könne ja alle mögliche Eigenthumsrechte ausüben, von ihm hänge es ab, die Sache selbst zu behalten, oder einem Andern dieselbe zu schenken, sie zu verpfänden, oder zu verkaufen, und alles dieses können derjenige, von welchem er die Sache zum Verkauf erhalten habe, nicht hindern, sondern dieser müße sich mit dem angebotenen Werthe der Sache begnügen. Allein aller dieser Gründe ungeachtet wird dennoch von andern[65]) weit

65) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXXII. §. 5. TITIUS ad *Lauterbachium*. Obs. 627. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. et ad Eundem EMMINGHAUS not. p. *Io. Henr.* STUHLMANN Diss. de dominio per contractum aestimatorium ante solutionem pretii in accipientem non translato. *Goett.* 1770. *Car. Frid.* WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. III. cap. V. §. 2. *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* T. II. Fasc. II. Obs. 448. Höpfner theor. pr. Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 802. Christ. Heinr. Gottl. Köchy Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit 1. B. 14. Betr. S. 168. ff. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 2. B. §. 896. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 2055. et not. c. GÜNTHER Prin-

weit richtiger das Gegentheil behauptet. Denn in der Natur des Contracts läßt sich kein Grund auffinden, der uns von einer Uebertragung des Eigenthums auf den Empfänger die vollkommene Ueberzeugung gäbe; es liegt vielmehr darin der vollgültigste Beweis für das Gegentheil. Sey es auch immerhin dem Eigenthümer, der seine Sache Jemandem zum Vertrödeln übergiebt, noch so gleichgültig, ob der Empfänger dieselbe für den angeschlagenen Werth behält, oder ein Dritter sie dafür kauft, wenn er nur sein Geld bekommt; so ist doch wenigstens seine Absicht gewiß nicht dahin gerichtet, das Eigenthum gleich bey der Schliessung des Contracts dem Trödler zu überlassen; es ist vielmehr selbst die alternative Verbindlichkeit, welche der Trödler in diesem Contract übernimmt, der überzeugendste Grund, daß das Eigenthum nicht eher auf den Empfänger der Sache übergehe, als bis derselbe durch wirkliche Bezahlung des angeschlagenen Werths erklärt hat, daß er das Eigenthum an der Sache erwerben wolle, weil es ja vorher noch immer ungewiß bleibt, ob er die Sache zurückliefern, oder den Werth dafür entrichten wird. Daß auch diese alternative Verbindlichkeit des Trödlers den andern Theil, der die Sache zum Verhandeln gegeben hat, nicht hindere, dieselbe vor geschehenem Verkaufe und Bezahlung des angeschlagenen Werths zu vindiciren, ist schon oben bemerkt worden. Die Frage, wer die Gefahr der Sache trägt, setzt auch nicht schlechterdings die Uebertragung

Princip. iur. Rom. priv. noviss. T. II. §. 1043. MALBLANC Princip iur. Rom. T. II. Sect. II. §. 561. not. e. Mackeldey Lehrbuch der Institutionen §. 591. Schweppe Röm. Privatrecht a. B. §. 415. u. a. m.

tragung eines Eigenthums voraus. Denn es ist ja gar nichts Ungewöhnliches, daß das periculum auch in einem solchen Contract übernommen werden kann, in welchem an Uebertragung des Eigenthums gar kein Gedanke ist, z. B. im Leih- oder Hinterlegungs-Contract. Und mehr sagt auch gewiß der Ausspruch des Ulpian nicht. Aestimatio facit periculum eius, qui suscepit. Denn dieß heißt nichts anders, als der Trödler trägt die Gefahr, wenn er sie übernahm [66]). In wiefern er sie aber übernimmt, ist aus andern Stellen zu ergänzen. Ulpian hat sich darüber an einem andern Orte bestimmter erklärt. Es ist die *L.* 17. §. 1. *D. de praescriptis verbis*, welche aus *libro* 28. ULPIANI *ad Edictum* genommen ist. Hier sagt Ulpian: Si margaritā tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres, aut pretium eorum: deinde haec perierint ante venditionem: cuius periculum sit? Et ait *Labeo*, quod et *Pomponius* scripsit, si quidem ego te venditor [67]) rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum, si neuter nostrum, sed duntaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. Ulpian unterscheidet hier drey Fälle. Erstens, der Trödler bat den Eigenthümer, ihm die Sache zum Verkauf zu geben. Hier trägt er das periculum. Zweytens, der Eigenthümer bat den Trödler, ihm

66) *Aestimatio* ist hier nicht für Schätzung, sondern für den contractus aestimatorius zu nehmen. S. Fr. Schöman Handbuch des Civilrechts. 1. Bd. S. 328. f.

67) So lieset die Taurellische Ausgabe. Haloander und Baudoza haben venditorem. Eben so Cod. Pand. Erlang. Allein *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. hält beyde Lesarten für unrichtig, und emendirt *venditurum*.

ihm seine Sache zu verkaufen. Hier trägt der Eigenthümer die Gefahr. Drittens Keiner hat den andern gebeten; auch hier muß der Eigenthümer das periculum tragen, und der Trödler haftet nur für dolus und culpa. Wozu wohl diese ganze Distinction, wenn die Natur des Contracts eine Uebertragung des Eigenthums mit sich brächte? So wie nun der Trödler nach Ulpian durch bittweisen Antrag zum Verkauf, stillschweigend das periculum übernimmt, so geschieht es auch dadurch, wenn er den Werth bestimmt zu geben versprach[68]). Auch dieser Fall hat Ulpian in einer Stelle bemerkt, welche eben so, wie die *L.* 17., aus *libro* 28. *ad Edictum* entlehnt ist. *L.* 5. §. 3. *D. Commodati* ist es, wo es heißt: Et si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, *qui aestimationem se praestaturum recepit.* Was in beyden Fällen stillschweigend geschieht, kann auch wohl ausserdem ohne Bedenken ausdrücklich versprochen werden. Nun erwäge man aber noch, daß es doch gewiß beym Trödelcontract, als einer bloßen Einleitung zum Kaufe, nicht anders seyn kann, als bey dem Kaufe selbst. Die Natur des Kaufcontracts bringt es ja aber mit sich, daß das Eigenthum nicht anders auf den Käufer übergeht, als wenn der Verkäufer bezahlt ist, oder Credit gegeben hat[69]). Nur unter dieser Bedingung gelten auch die von dem Trödler gemachten Dispositionen über die

68) S. Geigers und Glücks Rechtsfälle 1. Band Nr. XIII. §. 5. S. 246. Not. 13. und Thibaut a. a. O.

69) *L.* 19. *D. de contrah. emt.* §. 41. *I. de rer. divis. L.* 5. §. 18. *D. de tributor. act.* S. *Christ. Wilh.* Wehrn Doctr. iuris explicatrix principior. et casuar. damni praestandi. Cap. IV. §. 33. p. 225.

die Sache, und es steht in dem entgegengesetzten Falle dem Eigenthümer unstreitig ein Vindicationsrecht, so wie, wenn über des Trödlers Vermögen ein Concurs entsteht, ein Absonderungsrecht zu[70]).

§. 1066.

Wird der Trödelcontract im Zweifel vermuthet?

Nach der richtigeren Meinung geht also das Eigenthum nicht anders auf den Trödler oder dessen Käufer über, als wenn dem Verkäufer das anschlagsmäßige Kaufgeld bezahlt, oder dem Käufer Credit gegeben worden ist. Es ist daher alles unrichtig, und schon widerlegt, was Hellfeld hier aus dem Satz ableiten will, daß der Trödler durch die Uebergabe Eigenthümer der Sache werde. Da übrigens der Trödelcontract eine große Aehnlichkeit mit der Dienstmiethe und dem Mandat hat, so entsteht die Frage, was im Zweifel für ein Geschäft zu vermuthen sey, wenn eine Sache Jemandem für einen käuflich angeschlagenen Werth zum Verhandeln gegeben wird? Hellfeld behauptet, es sey im Zweifel nie ein Trödelcontract zu präsumiren. Allein Böhmer[71]) behauptet das Gegentheil, weil ja nach *L.* 1. *D. h. t.* tollendae dubitationis causa die actio praescriptis verbis aestimatoria eingeführt worden sey. Es kommt wohl auch hier, wie bey allen Contracten, zunächst auf die Intention der Contrahenten an, diese muß entscheiden, was für ein Geschäft geschlossen worden

70) Christ. Gottl. von Gmelin Ordnung der Gläubiger bey dem Gantprocesse. Kap. 2. §. 49. S. 135. f.

71) Diss. de translatione dominii in contractu aestimatorio. §. 16.

den sey. So ist z. B. der sogenannte Commissionshandel nicht nach den Grundsätzen vom Trödelcontract, sondern nach den Regeln des Bevollmächtigungs-Contracts zu beurtheilen, wenn gleich der Commissionär für seine Bemühung eine Provision erhält [72]). Eben so ist es ferner keinem Zweifel unterworfen, daß wenn ich einem Freunde, der gerade auf die Meße reiset, eine Sache mitgebe, um sie mir, wenn sich ein Liebhaber dazu finden sollte, für einen zu dem Ende käuflich angeschlagenen Preis zu verkaufen, dieses Geschäft für keinen Trödelcontract, sondern für ein bloses Mandat zu halten sey [73]). Es ist also in vorkommenden Fällen theils darauf zu sehen, ob das Geschäft, wie der unter Kaufleuten übliche Commissions- und Speditionshandel [74]), seine eigene Natur hat, wo dann die demselben eigenen Grundsätze zur Anwendung kommen; theils aber auch auf die Qualität der Person, mit der das Geschäft geschlossen wird. Ist diese eine solche Person, welche vom Vertrödeln Profession macht, und damit ein eigenes Geschäft treibt; so ist der Con-

72) S. *Ios. Lud. Ern.* PÜTTMANN de negotiatione, quae procuratorio nomine exercetur, in EIUS *Miscellanear. ad ius pertinent.* Spec. IX. und *Io. Christ.* KOCH Diss. de mercibus in commissionem datis. *Giessae* 1766.

73) BOEHMER cit. Diss. §. 14.

74) S. Westphals teutsches Privatrecht 1. Th. Abh. 14. von Bülow und Hagemann's practische Erörterungen. 4. B. Erört. 78. *Carl. Frid.* GÜNTHER Commentat. de expeditoribus mercium per varia emporia transportandarum. *Lipsiae* 1808.

Contract, den man mit derselben schließt, ohne Zweifel für einen äſtimatoriſchen Contract zu halten [75]).

§. 1067.

Klage aus dem Trödelcontract.

Die aus dem Trödelcontract entſpringende perſönliche Klage iſt die actio praescriptis verbis aestimatoria [76]). Sie wird nicht nur von demjenigen angeſtellt, welcher die Sache zum Vertrödeln gab, oder deſſen Erben, gegen den Empfänger, oder deſſen Erben, auf Erfüllung der dem Beklagten aus dem Contract obliegenden alternativen Verbindlichkeit, entweder die Sache unverletzt wieder zurückzugeben, oder das Geld, wofür ſie käuflich angeſchlagen worden iſt, und zwar mit den Zinſen des Verzugs [77]) zu bezahlen, nicht minder alle verurſachten Schäden und Koſten zu erſetzen; ſondern es kann ſich auch der Trödler derſelben bedienen, wenn ihm ein Lohn für ſeine Mühwaltung verſprochen worden iſt [78]), und geht dann auch auf die Bezahlung deſſelben mit den Zinſen des Verzugs, oder auch auf Erſatz aller etwa ſonſt beym Verkauf gehabten Koſten oder erlittenen Schäden. Hellfeld und mehrere ande-

75) BOEHMER cit. loc. §. 15.

76) S. Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 1054. ff.

77) §. 28. *I. de action.* *L. 32. §. 2. D. de Usur.* Denn *L. 1. pr. D. h. t.* ſagt: Omnia hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 3.

78) *L. 2. D. h. t.* Haec actio utilis est, et si merces intervenit.

andere Rechtsgelehrten [79]) nennen jene Klage die *actio directa* ex contractu, diese aber die *actio contraria*. Allein die Gesetze kennen diesen Unterschied nicht. Sie sagen vielmehr ausdrücklich die actio praescriptis verbis aestimatoria sey utilis, et si merces intervenit, das heißt, sie sey auch in dem Fall zu gebrauchen, wenn ein Lohn versprochen worden, und komme also nicht minder dem Trödler zu statten. Die Klage wird also hier nicht *utilis* genannt, im Gegensatz der actio directa, sondern der Ausdruck *utilis est*, heißt hier soviel, als actio haec institui s. adhiberi potest, oder proficua est [80]). Ueberhaupt giebt jeder ungenannte Contract immer demjenigen, welcher denselben seiner Seits erfüllet hat, eine directe Klage, gegen den Andern, wegen dessen, was dieser vermöge des Contracts zu leisten hat, welche ohne Unterschied actio praescriptis verbis genennet wird [81]). Ist die zum Verhandeln gegebne Sache durch Zufall zu Grunde gegangen, und es ist ein solcher Fall vorhanden, wo der Trödler die Gefahr übernahm, so geht die Klage gegen ihn gerade zu auf die Bezahlung des angeschlagenen Werths [82]).

79) SUENDENDOERFFER de actionib. Cap. III. Membr. 33. Sect. 2. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 1. Th. 3. n. II. HEINECCIUS Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. h. t. §. 342.

80) S. *Ant.* FABER Rational. ad L. 2. h. t. STRYK Tract. de actionib. forens. Sect. I. Membr. VII. §. 9.

81) Schmidt Lehrbuch von Klagen §. 1055. Not. e.

82) *L. 10. §. fin. D. de iure dot. L. 2. §. 3. D. de eo, quod certo loco.* L. 95. pr. et §. 1. D. de solut. LAUTERBACH Colleg. Pand. th. pr. h. t. §. 16.

Lib. XIX. Tit. IV.

De rerum permutatione.

§. 1068.

Ungenannte Contracte. Besondere Eigenschaft und Unterschied derselben von benannten Contracten.

Mit diesem Titel, glaubt Hellfeld, gehe erst die Lehre von unbenannten Contracten an, weil er den contractus aestimatorius noch zu den benannten Contracten zählt. Allein es ist schon gezeigt worden, daß dieser Contract, wenn er auch, wie noch verschiedene andere, welche Hellfeld selbst ohne Bedenken zu den ungenannten Contracten rechnet, im gemeinen Leben einen besondern Namen hat, dennoch in den Gesetzen durch kein *proprium nomen* bezeichnet ist, sondern nur durch eine Umschreibung kenntlich gemacht wird[83]). Unbenannte Contracte, von deren Ursprung ich schon an einem andern Orte[84]) gehandelt habe, sind nun zweyseitige Verträge, und an sich pacta nuda, welche nach der Lehre des Römischen Rechts zwar durch Erfüllung von Seiten des einen Theils eine causa, d. h. eine bürgerliche Wirksamkeit, oder einen rechtlichen Grund der Verbindlichkeit erhal-

83) *L. 1. pr. D. de aestimat. L. 17. §. 1. D. de praescript. verb.*

84) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 308. S. 231. ff.

erhalten, aber durch kein proprium nomen contractus, wie Ulpian[85]) sagt, in den Civil-Gesetzen bezeichnet sind, und daher nur eine unbestimmte Civilklage, die actio praescriptis verbis hervorbringen[86]). Die Gesetze[87]) sagen: Nam cum deficiunt *vulgaria atque usitata actionum nomina*, PRAESCRIPTIS VERBIS *agendum est*: in quam necesse est confugere, quoties *contractus* existunt; *quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt.* Natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula. Diese Contracte sind also 1) Real-Contracte, die erst dadurch ihre Vollgültigkeit erhalten, wenn zu der Einwilligung von einer Seite die wirkliche Leistung hinzukommt. Re contrahitur obligatio. Sie haben also an sich eine Bilateral-Convention zum Grunde, welche dadurch in einen Contract übergeht, daß von dem einem Theile Etwas geleistet worden, und diese Leistung unter der Bedingung geschehen ist, daß eine andere Leistung dagegen erfolge. Denn es ward in dem römischen Gerichtsgebrauche der allgemeine Grundsatz angenommen, daß man bey jedem an

85) *L. 7. §. 1. D. de pact.*

86) S. FROMMANN Dis. de contractuum nominatorum et innominatorum differentia. *Tüb.* 1671. *H.* DONELLUS Comment. iur. civ. Lib. XIV. c. 35. *Ios. Fern. de* RETES Opusc. Lib. II. Sect. I. (in *Thes. Meerm.* VI. 89. sqq.) *Io.* D'AVEZAN Contractuum libr. I. cap. 7. 9. et 12 (in *Thes. Meerm.* T. IV. p. 17. 21. 27. sqq.) *Io. Gull.* REINICKE singularia quaedam ad contractus Romanorum innominatos. *Francof. ad Viadr.* 1810. Hugo civilist. Magazin 1. Band S. 468. ff.

87) *L. 2. 3. et 4. D. De praescript. verbis.*

an sich nicht klagbaren Vertrage durch die wirkliche Leistung seinen Mitcontrahenten zur Gegenleistung vollgültig verpflichten könne[88]. 2) Die causa dieser Contracte, durch welche die obligatio civilis bey denselben erzeugt wird, bestehet in der Annahme der von Seiten des einen der Contrahenten geschehenen Leistung, und durch die Art dieser Leistung wird auch ihr Name bezeichnet, der sich dann freylich nur auf die allgemeine Formel praesto ut praestes reducirt. Es giebt zwar unter diesen Contracten einige, welche im gemeinen Leben einen besondern Namen erhalten haben, nämlich die permutatio, der contractus aestimatorius, und der contractus suffragii; allein dieß ist kein nomen contractus, in sofern dadurch die Individualität, und vollkommene Bestimmtheit einer Conventionsart characterisirt werden soll. Nur ein solcher Name, giebt dem Contract den Character eines bekannten, welcher den Vertrag und seinen Inhalt für einen individuellen sich immer gleichbleibenden Fall genau bezeichnet, und welchen denn auch natürlicher Weise die Klage trägt, die für diesen Individuellen sich immer gleichen Fall ein für allemal bestimmt ist[89]. Wenn hingegen eine Convention, ihres Namens ungeachtet, unendlicher willkührlicher Modificationen fähig war, so daß aus demselben im Voraus die Klagformel in ihrer möglichsten und in der Hauptsache sich gleichbleibenden Bestimmtheit nicht gefaßt wer-

88) S. *Christ. Frid. Ge.* MEISTER Diss. de in factum actionibus. §. 26. in *Opusc.* T. I. pag. 355. sqq. und Thibaut Syst. des Pand. Rechts 1. Th. §. 164.

89) S. Hübner's und Titmanns Bibliothek kleiner juristischer Schriften. 2. B. S. 289.

werden konnte, so hatte ein solcher Contract nur eine causa, aber kein nomen. Es war hier, wie Aristo bey Ulpian[90]) sagt, zwar ein συναλλαγμα, ein verbindliches Geschäft vorhanden, sed quod in alium contractum, nempe nominatum, non transibat; man sahe es für ein negotium *novum*[91]), für ein negotium *proprii contractus*[92]) an, und nannte es einen contractus incertus[93]), cuius appellatio nulla iure civili prodita est[94]). Es ist daher die Eintheilung, welche Hellfeld hier vorbringt, wenn er die unbenannten Contracte in regulares und irregulares eintheilt, nicht römisch. 3) Der Unterschied zwischen benannten und unbenannten Contracten besteht demnach darin[95]). Benannte Contracte sind fest bestimmt und begränzt, so daß ihr Inhalt durch den Namen, welcher ihnen in dem Civilrecht beygelegt ist, klar angedeutet wird, jeder derselben wirkt daher eine besondere nach ihm benannte Klage, denn sie waren einer individuellen Klagformel fähig. Sie werden deswegen contractus certi genennt. *Contractus* igitur *certos*, sagt D'Avezan[96]), dicere debemus eos, quibus lex certam et propriam, naturam,

90) *L. 7. §. 2. D. de pactis.* Man sehe über diese Stelle vorzüglich *Ger.* NOODT de pactis et transact. Cap. 9.

91) *L. 22. in fin. D. de praescript. verb.*

92) *L. 19. D. eod.* C. RETES Opuscul. Lib. II. Sect. I. Cap. 1. nr. 5.

93) *L. 9. pr. D. de rebus credit. L. 7. §. 2. D. de pactis.*

94) *L. 3 D. de praescr. verbis.*

95) C. Thibaut System §. 165.

96) Contractuum Lib. I. Cap. 9. pag. 21.

turam, potestatem, conceptionem, definitionem propriam, certos terminos et fines, certum denique ius dedit, hoc est *contractus nominatos*, quorum scilicet propriae appellationes iure civili proditae sunt, qui ideo *certi* dicuntur, quia vel ex ipsa nominis pronunciatione apparet, qualis quisque sit, et quid eius potestate naturaliter insit. Von ganz anderer Art sind die unbenannten Contracte. Bey diesen war, wegen ihrer unendlichen Mannigfaltigkeit, eine solche feste Bestimmung und Begränzung nicht möglich. Ihre Bestimmung hieng mehr von der Willkühr der Contrahenten, als von gesetzlicher Vorschrift ab. Daher mußte in jedem einzelnen Falle die Klagformel nach den besondern vorliegenden Umständen normirt werden, und diese konnte also auch, nach der Natur des Geschäfts, keine andere, als eine actio incerta seyn, welche man deswegen *actio in factum* oder *praescriptis verbis* nannte, weil es gewöhnlich war, dem Rechtsgelehrten, welcher die Klagformel aufsetzte, zum Behuf derselben eine Species facti zu überreichen, nach welcher sie normirt würde [97]). In dieser Hinsicht rescribirten die Kaiser Diocletian und Maximian *L. 6. Cod de rer. permutat.* Rebus certa lege traditis, si huic non pareatur, *praescriptis verbis* INCERTAM *civilem dandam actionem*, iuris auctoritas demonstrat. Daß die Klage auf Erfüllung des Contracts zuweilen einen Zusatz erhielt, wenn nämlich der Vertrag im gemeinen Leben einen besondern Namen hatte, wie schon

97) S. MEISTER Diss. cit. §. 32. und HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XIX. Tit. 5. §. 2.

schon bey der actio praescriptis verbis aestimatoria vorgekommen ist, änderte das Wesen der Sache nicht. Ungenannte Contracte haben ferner das Besondere, daß sie nur auf Seiten desjenigen verbindlich sind, welcher die Leistung angenommen hat. Bestand daher die Erfüllung in einem Geben, so stand dem Geber, so lange die Gegenleistung noch nicht erfolgt war, die Wahl frey, ob er mit der actio praescriptis verbis gegen den Empfänger auf die Erfüllung des Contracts klagen, oder dieses Recht aufgeben, und das Gegebene zurückfordern wollte, weshalb ihm denn, schon der bloßen Reue wegen, welche nur in wenigen Fällen unstatthaft war[98]), die *condictio ob causam datorum*, oder *condictio causa data, causa non secuta* gestattet wurde[99]), von der schon an einem andern Orte[100]) gehandelt worden ist. Eine solche einseitige Aufhebung des Vertrags war bey den genannten Contracten, nur wenige ausgenommen, nicht erlaubt, wie auch schon an einem andern Orte[1]) vorgekommen ist. Eben so konnte aber auch, wenn ein unbenannter Contract durch Leistung eines Factum entstand, nur auf die Erfüllung oder das Interesse geklagt werden. Jedoch mußte die generelle actio praescriptis verbis, im Falle eines erweislichen offenbaren Dolus, der speciellen actio doli weichen.

98) *L. 8. D. de cond. caus. dat. causa non sec. L. 29. C. de Transact.* S. den 13. Th. dieses Commentars. §. 822.

99) *L. 5. §. 1. et 2. D. de praescr. verbis. L. 7. D. eodem.*

100) Th. 13. S. 9 ff.

1) S. den 4. Th. §. 313. S. 291. ff.

weichen [2]). Nam, *cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina*, praescriptis verbis agendum est [3]).

§. 1069.

Verschiedene Arten der unbenannten Contracte.

Die ungenannten Contracte werden nun auf die vier allgemeinen Classen reducirt, welche Paulus *L. 5. pr. D. de praesc. verbis* auf folgende Art angiebt: Aut *do tibi, ut des:* aut *do, ut facias:* aut *facio, ut des:* aut *facio, ut facias.* Es ist merkwürdig, daß Paulus in dieser Stelle unter den angeführten vier Formen auch benannte Contracte begreift, um zu zeigen, wie bey der so unendlich mannichfaltigen Modification der möglichen Fälle daraus geklagt werden müsse. In quibus quaeritur, sagt er, *quae obligatio* (i. e. actio) *nascatur?* Die Veranlassung zu dieser Erörterung gab ihm die Frage, was hat für eine Klage Statt, wenn ich in Gemäßheit einer mit Dir getroffenen Convention, nach welcher Du meinem natürlichen Sohne, der Dir dient, die Freyheit schenken solltest, ich aber auch dagegen deinen natürlichen Sohn, der mir dient, manumittiren wolle, den deinigen wirklich in Freyheit gesetzt habe, Du aber den meinigen in der Sklaverey zurückbehältst? Um diese Frage beantworten zu können, geht Paulus zuvor alle Arten von Conventionen durch, bey welchen eine datio ob rem vorkommt. (In hac quaestione *totius ob rem dati tractatus* inspici potest.) Er fängt mit dem Contract *do, ut des* an, und

2) *L. 5. §. 2. D. h. t. L. 4. Cod. de dolo.*

3) *L. 2. D. h. t. Ed.* CALDERA *Variar. Lection. Lib. II. cap. 10. (Thes. Meerman. Tom. III. pag. 619.)*

und unterscheidet zwey Fälle. a) *Pecuniam do, ut rem accipiam.* Dieß ist ein Kauf, sagt er, und natürlich ist hier die Klage keine andere, als die aus diesem Contract entspringende. b) *Rem do, ut rem accipiam;* dieß ist kein Kauf, sondern eine permutatio. Daraus entspringt zwar auch eine obligatio civilis, allein die Klage ist hier nicht die actio emti, sondern die actio praescriptis verbis, welche nicht auf Zurückgabe des Empfangenen, sondern auf die verabredete Gegenleistung geht, oder, wie Paulus sich ausdrückt, in qua actione id. venit, non ut reddas, quod acceperis, sed *ut damnetis mihi, quanti interest mea, illud, de quo convenit,* accipere. Ich kann aber doch auch, vermöge des hier statt habenden Reurechts, wenn ich dieses ausüben will, auf Zurückgabe dessen klagen, was der Beklagte von mir empfangen hat. Dieß ist dann die *condictio causa data, causa non secuta.* Diese letztere Klage hebt aber den Contract wieder auf, dahingegen die erstere ihn aufrecht erhält. Das hier abgeschlossene Geschäft gehört also in die Zahl der Contracte, die kein proprium nomen haben. Paulus zeigt zugleich in einem Beyspiele, wer hier das periculum trage. Ich gebe Dir Becher (scyphi), daß Du mir dagegen deinen Stichus gebest. Stirbt derselbe vor der Uebergabe, so trifft der Schade mich [4]), und Du darfst nur für Culpa haften. Explicitus est articulus ille *do, ut des.* Er kommt nun auf den Contract *do,*

4) Nämlich insofern, daß ich nicht mit der actio praescriptis verbis den Werth desselben verlangen kann. Ob ich aber nicht das Gegebene zurückfordern könne? ist eine andere Frage, die hier nicht entschieden wird. S. den 4. Th. dieses Commentars §. 326. S. 384. Not. 59.

ut facias. Auch dieser begreift wieder zwey Species unter sich. 1) Das Factum der Gegenleistung ist ein solches, worüber man sonst einen Miethcontract abzuschließen pflegt, z. B. Du sollst mir ein Gemählde mahlen. Habe ich dem Andern Geld zum Lohn gegeben, so ist eine Locatio vorhanden; habe ich ihm aber eine andere Sache dafür gegeben, so ist dieß kein genannter Contract, sondern es entspringt daraus entweder die actio civilis in hoc, *quod meâ interest*, oder die condictio *ad repetendum*. 2) Das Factum ist ein solches, quod locari non possit, z. B. Du sollst einen deiner Sklaven manumittiren, es sey eine Zeit dazu bestimmt, oder nicht. Auch hier ist das Geschäft ein unbenannter Contract. Es kann also das Gegebene zurückgefordert, oder praescriptis verbis geklagt werden. Wie aber, wenn ich Dir einen Sklaven gegeben habe, um dagegen den Deinigen freyzulassen. Du hast auch deinen Sklaven manumittirt, aber der Sklave, den ich Dir gegeben habe, ist evincirt worden; was wird hier für eine Klage statt haben? Paulus unterscheidet zwey Fälle. Erstens; ich gab wissentlich Dir einen fremden Sklaven, hier hat nach Julians Meinung gegen mich die actio doli statt. Zweytens ich wußte nicht, daß der Sklave einem Andern gehöre. Hier ist die actio in factum civilis anzustellen. Paulus kommt nun auf die Convention *si faciam, ut des*, und unterstellt den Fall, wo ich zwar der Convention ein Genüge gethan habe, allein der andere Theil mit der Gegenleistung zurückbleibt. Hier sagt Paulus, nulla erit *civilis actio*, et ideo *de dolo* dabitur. Paulus betrachtet endlich noch die Convention: *si facio, ut facias*. Er zeigt hier, daß auch diese Convention, als genus, einen benannten Contract in sich

fassen

fassen könne, so gut, wie die Convention do, ut des, eine emtio, und die conventio do, ut facias, eine locatio. Paulus giebt das Beyspiel: Si pacti sumus, ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romae: vel ut tu in meo, ego in tuo solo aedificem: et ego aedificavi, et tu cessas. Wir haben also mit einander den Vertrag geschlossen, daß Du von meinem Schuldner zu Carthago auf deine Kosten, ich aber von dem Deinigen zu Rom auf meine Kosten eine Summe erheben solle; oder Du sollst auf meinem Grunde, und ich will auf dem deinigen bauen, ich habe auch die Convention meiner Seits erfüllt, allein es liegt an Dir, sie auch noch deiner Seits zu erfüllen. Was ist dieses für ein Geschäft? Es scheint, sagt Paulus, es liege hier ein Mandat zum Grunde, denn ohne ein solches könnten ja keine fremden Gelder erhoben werden. (In priorem speciem *mandatum* quodammodo intervenisse videtur, *sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest.*) Zwar macht sich Paulus den Einwurf, es seyen doch auch Kosten damit verbunden, welche jeder von uns bey Eintreibung des Geldes übernehmen sollte. Nach der Natur des Contracts müssen aber eigentlich dem Mandatar die Kosten erstattet werden[5]). Allein dieser Einwurf lasse sich heben, wenn man erwäge, daß wir doch einander gegenseitig einen Dienst leisten; und daß eine Bevollmächtigung zuweilen, vermöge eines Nebenvertrags, auch über ihre natürlichen Gränzen hinausgehen könne, gleich jedem andern Contracte. Paulus sagt: Quamvis enim et impendia sequantur, tamen mutuum officium praestamus; et

5) *L. 27. §. 4. D. Mandati.*

et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere. Er führt das Beyspiel an: Ich trage Dir auf, daß Du dem Titius eine Sache überbringen, und auf den Fall, daß er sie etwa nicht annimmt, diese mir verwahren sollest; hier hat dennoch nicht die actio depositi, sondern mandati statt. So erklärt die Worte: (Possum enim tibi mandare, ut et custodiam mihi praestes,) Cujaz[6]). Oder auch auf den vorigen Fall zurückzukommen, Du sollst bey der Eintreibung des Geldes nicht mehr als 10. aufwenden, nämlich so, daß wenn Du einen größern Kostenaufwand machst, Du keinen Ersatz verlangen kannst (et non plus impendas in exigendo, quam decem). Und in der That, wenn wir beyde einen gleichen Kostenaufwand machten, wer könnte daran zweifeln, daß das Geschäft doch ein Mandat sey, denn hier würden sich die Kosten gegen einander dergestalt aufheben, daß es eben so gut seyn würde, als wenn keiner für den Andern Kosten verwandt hätte, wenn auch nur einer von uns erst den Auftrag vollzogen haben sollte. (Dieß, dünkt mir, der Sinn der Worte zu seyn: et si eandem quantitatem impenderemus, nulla dubitatio est, sin autem alter fecerit, ut et hic mandatum intervenisse videatur, quasi refundamus invicem impensas.) Dennoch ist, genau erwogen, kein wahres Mandat vorhanden, der Kostenaufwand mag von beyden Seiten gleich, oder ungleich seyn. Denn in dem letztern Falle hat der eine Theil

6) In Iulio Paulo, ad h. L. *Operum* Tom. II. pag. 1074. Man sehe auch POTHIER Pandectae Iustin. T. I. h. t. Nr. XX. not. d.

Theil offenbaren Schaden, den er beym Mandat nicht leiden darf[7]); in dem ersten aber hat jeder Theil die Kosten, die er für den andern aufwandte, auch zu seinem eigenen Vortheil verwendet[8]). Das Mandatum ist also nicht gratuitum. Ist aber kein wahres Mandat vorhanden, so kann auch die actio mandati nicht füglich angestellt werden. Das Sicherste wird also seyn, die Actio praescriptis verbis zu gebrauchen. Diese vertritt hier die Stelle der actio mandati eben so, wie sie in den obigen Fällen die der actio locati und emti vertrat, und ist für beyde Fälle geeignet, so wohl für den der Eintreibung der Gelder von unsern beyderseitigen Schuldnern, als für den oben angeführten andern Fall der gegenseitigen Aufführung eines Gebäudes. Denn auch in dem letztern Falle scheint ein Mandat zum Grunde zu liegen, doch auch kein wahres Mandat. Denn dieselbigen Zweifel walten hier ob. Es ist also auch hier die actio praescriptis verbis sicherer; obwohl zwischen beyden Fällen noch der Unterschied Statt findet, daß ich von Deinem Schuldner nicht ohne dein Mandat Geld beytreiben kann, wohl aber ohne ein solches Mandat von Dir erhalten zu haben, auf deinen Boden bauen kann. So erklären sich nun die Worte: Sed tutius erit, et in insulis fabricandis et in debitoribus exigendis praescriptis verbis dari actionem: quae actio similis erit mandati actioni: quemadmodum in superioribus casibus, locationi et emtioni. Nach dieser Erörterung kommt nun **Paulus** endlich auf die Entschei-

7) *L. 20. pr. D. Mandati.*

8) *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L.

scheidung der gleich anfangs aufgeworfenen Frage zurück. Der Fall war der. Mein natürlicher Sohn ist dein Sklave, und dein natürlicher Sohn dient mir. Wir schließen mit einander den Vertrag, daß Du den meinigen und ich den deinigen freylassen wolle. Ich habe den deinigen manumittirt, allein Du nicht den meinigen. Die Frage war nun, was ich gegen Dich für eine Klage anzustellen habe? Paulus entscheidet dieselbe durch einen Schluß aus dem Vorhergehenden. Die Convention ist ein Contractus facio, ut facias. Dieser begründet die actio civilis praescriptis verbis, wenn er Aehnlichkeit mit einem benannten Contract hat. Sie ist also auch hier anzustellen, und darauf zu richten, daß mir das Interesse geleistet werde. Dieses Interesse konnte aber nur darnach bestimmt werden, daß ich jetzt den Sklaven, den ich freyließ, nicht mehr habe, den ich aber nicht manumittirt haben würde, wenn mir nicht mein Gegner die gegenseitige Manumission meines natürlichen Sohns versprochen hätte. Denn die einmal erfolgte Manumission kann nicht revocirt werden [9]). Sollte aber nicht etwa davon abzurechnen seyn, daß ich doch einen Freygelassenen habe? Nein, dieß kommt hier nicht in Anschlag, weil sich das Patronatrecht nicht schätzen läßt [10]). Die Entscheidung des Paulus lautet wörtlich folgendermaßen: Si ergo haec sunt, ubi de faciendo ab utroque convenit, (sc. ut *actio praescriptis verbis* locum

9) L. 4. *Cod. de dolo malo.* L. 5. §. 1. *D. de condict. causa data causa non secuta.*

10) CUJACIUS in Iul. Paulo ad h. L. Tom. II. *Operum* pag. 1075.

locum habeat) et in proposita quaestione idem dici potest: et necessario sequitur, *ut eius fiat condemnatio, quanti interest mea, servum habere, quem manumisi.* An deducendum erit, quod libertum habeo? Sed hoc non potest aestimari.

Aus diesem Fragment des Paulus ergiebt sich nun 1) soviel, daß die actio praescriptis verbis nicht aus allen unbenannten Contracten gegeben werde, sondern nur aus solchen, welche mit benannten Contracten eine Aehnlichkeit haben[11]). So entsteht aus dem unbenannten Contract, der einem Kaufe gleicht, die actio praescriptis verbis proxima actioni emti; aus dem unbenannten Contract, der dem Miethcontract nahe kommt, die actio in factum proxima locati; aus dem unbenannten Contract, der einem Societäts-Contract ähnlich ist, die actio in factum proxima actioni pro socio[12]); aus dem unbenannten Contract, der einem Mandat gleicht, die actio in factum proxima mandati; und aus dem Contract, welcher einem Commodat ähnlich ist, die actio praescriptis verbis proxima commodati[13]). Aus solchen unbenannten Contracten hingegen, die an keinen benannten Contract gränzen, entspringt die actio civilis praescriptis verbis nicht, sondern hier wird entweder die actio de dolo[14]), oder die condictio ob rem dati

11) S. *Em.* MERILLIUS Observation. lib. VIII. cap. 15. MEISTER Diss. de in factum actionibus. §. 37.

12) *L.* 13 §. 1. *D. de praescr. verbis.*

13) *L.* 17. *D. eodem.*

14) *L.* 5. §. 3. *L.* 15. *D. eodem.*

dati[15]), oder die actio praetoria in factum[16]) geſtattet.

2) Es iſt höchſt wahrſcheinlich, daß man anfangs blos aus den mit einer datio rei beginnenden Geſchäften eine Civilklage zu geſtatten geneigt geweſen ſey[17]). Denn dieß iſt der weſentliche Charakter der Realcontracte, von denen die unbenannten Contracte eine Species ſind. Re enim non potest obligatio contrahi, *nisi quatenus datum sit*, ſagt Paulus *L. 17. pr. D. de pactis.* und es iſt merkwürdig, daß Ulpian gerade da, wo er von benannten und unbenannten Contracten handelt, nur die Contracte *do, ut des*, und *do, ut facias* anführt, und zwar als ſolche, woraus ein obligatio civilis entſpringt. Es iſt nämlich die *L. 7. pr. et §. 1. et 2. D. eodem*, wo es heißt: Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, (behalten den allgemeinen Namen Conventio nicht) sed transeunt in proprium nomen contractus, ut emtio,

15) *L. ult. D. de condict. causa data causa non sec.*

16) *L. 7. §. 2. D. de pact. L. 1. D. Si mensor falsum modum dixerit.*

17) Karl Reichhelm Verſuch eines Beweiſes, daß der Römer nur zwey Arten unbenannter Contracte kannte, do, ut des und do, ut facias. Halle 1800. EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 6. not b. Tom. II. p. 510. Thibaut Syſtem des Pand. Rechts 1. B. §. 164. a. E. Man vergleiche jedoch auch die Bibliothek kleiner juriſtiſcher Schriften, herausgegeben von Chr. Gotth. Hübner u. Carl Aug. Tittmann. 2. Band. Leipzig 1801. Nr. LXVIII. S. 285. ff.

tio, venditio, locatio, conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus. Sed et si in alium contractum res non transeat (wenn aber auch die Convention kein benannter Contract ist) subsit tamen *causa*[18]: eleganter ARISTO *Celso* respondit, esse obligationem: utputa, *dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi, ut aliquid facias*, hoc συναλλαγμα esse, et hinc nasci civilem obligationem. Der Unterschied zwischen dare und facere ist auch wirklich so auffallend, daß die Interpretation von dem Einem auf das Andere nicht füglich argumentiren könnte. Denn das dare schränkt sich hier auf die Ueberlieferung einer Sache ein[19]. Da nun durch die Annahme des Gegebenen der Empfänger sich zur Gegenleistung verpflichtet, so ergiebt sich daraus die Nothwendigkeit einer datio rei zur Begründung einer obligatio civilis, quae re contrahitur. Dieß kann also nur der Fall seyn, bey den Contracten *do, ut des*, und *do, ut facias*; nicht aber bey einer Convention facio, ut des. Denn durch die Leistung eines Factum wird ja nichts auf den Andern übertragen, was dieser empfangen, und wodurch von seiner Seite eine obligatio, quae re contrahitur, begründet werden konnte. Es

18) Von dieser *Causa* contractuum habe ich schon bey einer andern Gelegenheit B. IV. §. 306. dieses Commentars gehandelt.

19) Das Wort dare wird jedoch bey den Real-Contracten nicht durchaus in der engern Bedeutung genommen, wo es eine Uebertragung des Eigenthums ausdrückt. Man denke an das Commodatum, depositum, pignus; §. 2. 3. *et* 4. *I. Quib. mod re contrahitur obligatio.* Ferner an den contractus aestimatorius. *L.* 1. *pr. D. de aestimatoria.*

Es konnte folglich auch keine actio civilis aus diesem Geschäft gegen denjenigen entstehen, welcher, nach geschehener Leistung des Factums, mit der versprochenen Gegenleistung zurückblieb. Man konnte also das Geschäft nur von der Seite als verbindlich ansehen, daß der Andere sich eines Dolus schuldig mache, welcher sich weigere, dasjenige zu geben, was er auf den Fall, daß ein gewisses Factum geleistet werden würde, welches nun auch wirklich geleistet worden ist, zu geben versprochen hatte. Dieser Dolus konnte hier von seiner Seite um so mehr angenommen werden, da er wissen mußte, daß man ein Factum, wenn es einmal geleistet worden ist, nicht ungeschehen machen könne[20]), und daher nicht zu befürchten sey, daß das Geschäft vielleicht aus Reue wieder rückgängig gemacht werden dürfte. Hieraus erklärt sich nun wenn **Paulus** sagt *L.* 5. §. 3. *D. h. t.* Quod *si faciam, ut des*, et posteaquam feci, cessas dare; *nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur.* Ganz diesem gemäß reskribirten denn auch die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** in der *L.* 4. *Cod. de dolo malo.* Cum proponas, inter te, et eum, quem in contubernio ancillam tuam sibi coniunxisse memorasti, placuisse, *ut tibi pro eadem daret mancipium:* intelligis, quod si manumisisti, vel ei tradidisti, et ille manumisit, revocandae libertatis potestatem non habes, sed solum, si necdum statutum tempus excesserit, et fidem placiti rumpat, *desiderare debes, de dolo tibi decerni actionem.* Daß hier von keinem contractus *do, ut des*, sondern von einer con-

20) *L.* 12. §. 2. *D. de captivis.*

conventio *facio, ut des*, die Frage war, geht daraus klar hervor, weil das Geschäft mit dem factum manumissionis begann. Denn die Verabredung ging dahin, daß der Herr seine Sklavin manumittiren wollte, um sie mit demjenigen zu verheyrathen, welcher dem Herrn einen andern Sklaven dagegen zu geben versprochen hatte. Ob sie nun nachher der Herr selbst freyließ, oder sie dem Andern in der Absicht übergab, um sie freyzulassen, war gleichgültig, und änderte die Natur des Geschäfts nicht, wie auch **Anton Faber**[21]) ganz richtig bemerkt hat. Uebrigens ward auch hier, da keine Revocation der Freyheit statt fand, blos die actio doli gegen den Andern auf Leistung des Interesse gestattet. Ist jedoch das Factum ein solches, woraus dem Andern ein pecuniärer Vortheil erwächst, wie z. B. die Entsagung einer angestellten Erbschaftsklage gegen eine bestimmte Abfindungs-Summe, wodurch der Beklagte von allen weiteren Ansprüchen des Klägers befreiet wird; oder findet sich sonst bey der Conventio facio, ut des, eine Aehnlichkeit mit irgend einem andern benannten Contract, so hielt man die actio praescriptis verbis für unbedenklich, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 6. Cod. de Transactionib. Imp. ALEXANDER *A. Pomponiis.* Cum mota inofficiosi querela matrem vestram cum diversa parte transegisse, ita, *ut partem bonorum susciperet, et a lite discederet*, proponatis: instaurari quidem semel omissam querelam per vos, qui matri heredes extitistis, iuris ratio non sinit. Verum, si fides placitis praestita non

21) Rational. in Pand. ad h. L. Tom. III. pag. 592. sq.

non est: in id, quod interest, diversam partem recte convenietis. Aut enim stipulatio conventioni subdita est, et ex stipulatu actio competit: aut, si omissa verborum obligatio est, *utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est.*

L. 15. D. h. t. ULPIANUS *lib. XLII. ad Sabinum.* Solent, qui noverunt servos fugitivos alicubi celari, indicare eos dominis, ubi celentur: quae res non facit eos fures. Solent etiam mercedes huius rei accipere, et sic indicare: nec videtur, illicitum esse hoc, quod datur. Quare qui accepit, quia ob causam accepit, nec improbam causam, non timet condictionem. Quodsi solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est, *ut si indicasset, apprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur*, videamus, an possit agere? Et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat, ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod: *ergo civilis actio oriri potest*, id est, *praescriptis verbis;* nisi si quis et in hac specie *de dolo actionem* competere dicat, *ubi dolus aliquis arguatur.*

Der Vertrag, ich verspreche Dir eine gewisse Belohnung [22]), wenn Du mir den Aufenthaltsort meines entlaufenen Knechts anzeigen wirst, war an sich eine conven-

22) Eine solche Belohnung für die Anzeige des Aufenthaltsorts eines entlaufenen Sclavens wird in den Gesetzen *indicium* genennt, *L. 4. §. 4. D. de condict. ob turpem vel iniust. causam.*

ventio nuda. Hatte aber der Andere mir den Ort wirklich angezeigt, so hatte nun eine Klage gegen mich Statt. Denn die Convention war in einen Contract übergegangen, welcher wohl zu keiner andern Form gehörte, als zu facio, ut des. Allein welche Klage findet hier Statt? Anton Faber [83]) versteht den Ulpian so, daß auch in diesem Falle nur die actio de dolo als zulässig angenommen worden sey. Denn Ulpian berichtige in den Worten: *nisi si quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat*, mit der den Röm. Rechtsgelehrten eigenen Bescheidenheit, die vorher blos als Zweifelsgrund aufgestellte Meinung, daß in diesem Falle die actio civilis praescriptis verbis Statt finde. Es sey allerdings ein nicht unerheblicher Zweifelsgrund vorhanden gewesen, weil doch nicht geläugnet werden könne, daß ein verbindliches Geschäft zwischen dem Herrn des entlaufenen Sklaven, und dem Anzeiger desselben geschlossen worden sey, so daß es daher allerdings das Ansehen gehabt habe, als ob auch eine actio civilis daraus entstehen könne. Allein der Grund des Ulpian: *Et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat, actionem ex pacto non oriri etc.*, sey nicht so zu verstehen, als sey hier wirklich ein συναλλαγμα, d. h. ein Contract geschlossen worden, woraus die actio praescriptis verbis civilis nothwendig entstehen müsse. Nein; Ulpian habe hier nur überhaupt den Grund angeben wollen, warum das Geschäft für keine conventio nuda gehalten werden könne. Daß jedoch diese ganze Erklärung irrig, und den Worten offenbar

83) Rational. in Pand. ad h. L. pag. 606.

her zuwider sey, hat schon Ulrich Huber[24]) gezeigt. Die Worte: *sed habet in se negotium aliquod, ergo civilis actio oriri potest, id est, praescriptis verbis*, sagen ja deutlich genug, daß das Geschäft ein unbenannter Contract sey, woraus die actio civilis praescriptis verbis entstehen könne; nur alsdann, sagt Ulpian, finde, auch in dem gegenwärtigen Falle, die actio doli statt, wenn von Seiten des Beklagten ein dolus erweislich sey, weil nun jene allgemeine Klage der speciellen weichen muß[25]). Warum, außer diesem Falle, auch die actio civilis praescriptis verbis zulässig sey, läßt sich daraus erklären, weil das Geschäft, da ich Jemandem eine Belohnung versprach, der den Aufenthaltsort meines entlaufenen Sklaven auskundschaften würde, sich einer Location näherte. Daher wird auch die Belohnung merces genennt. Für eine eigentliche Location aber konnte freylich das Geschäft darum nicht gehalten werden, weil dazu erfordert wird, daß die Dienste nicht nur für den Conductor Nutzen haben, sondern auch entweder an seiner Person oder an seiner Sache geleistet werden müssen[26]), welches aber hier der Fall nicht ist.

I. 22. D. eodem. tit. GAIUS *lib. 10. ad Edictum provinciale.* Si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio: si vero mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotio

24) Eunomia Rom. ad L. 5. D. de praescr. verb. §. 3. pag. 720.

25) *L. 2. et 3. D. de praescr. verbis.*

26) S. den 17. Th. dieses Commentars §. 1048. S. 315. f.

negotium geritur. *Quod si neque gratis hanc operam susceperis, neque protinus aut data aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit: placet, quasi de novo negotio; in factum dandum esse iudicium, id est praescriptis verbis.*

Wenn ich Dir Kleider rein zu machen und auszubessern gegeben habe, so lassen sich drey Fälle gedenken. 1) Du hast diese Bemühung unentgeldlich übernommen. Wer wird daran zweifeln, daß in diesem Fall unter uns ein Mandat eingegangen worden sey, und daß mir die actio mandati zustehe? 2) Es ist Dir ein Lohn dafür gegeben oder versprochen worden. Hier ist es eben so gewiß, daß das Geschäft eine Location sey. 3) Du hast diese Bemühung nicht umsonst übernommen, es ist aber doch bey Schließung des Geschäfts (protinus) weder ein Lohn gegeben, noch versprochen, sondern nur ausgemacht worden, daß man über den Lohn nachher noch übereinkommen wolle. Unterdessen hast Du mir meine Kleider aufs Beste hergerichtet. Was ist dieß nun für ein Geschäft? und welche Klage wird hier Statt finden? Dieß war eigentlich die Hauptfrage in der ganzen Stelle. Es war allerdings zweifelhaft, ob es nicht auch eine Location sey? Denn gesetzt, der Richter müßte auch am Ende den Lohn bestimmen; ist doch auch ein Kauf nicht minder gültig geschlossen, wenn auch ein Dritter nachher den Preiß bestimmt [27]). Allein die Location erfordert wesentlich die Be-

27) *L. ult. Cod. de contr. emt.*

Bestimmung eines gewissen Lohns, sonst kann sie so wenig, als ein Kauf ohne einen bestimmten Preis, bestehen. Hieran fehlte es aber in dem gegenwärtigen Falle. Dennoch war ein verbindliches Geschäft unter uns vorhanden, welches in eine Art von unbenannten Contract überging, und an sich wohl kein anderes, als ein contractus facio ut des, woraus denn auch, wegen der Aehnlichkeit mit der location, keine andere Klage entstand, als die actio in factum praescriptis verbis[28]). Streitiger war jedoch

3) der Fall, wenn ich Dir einen Sklaven gegeben habe und zwar mit dem Beding, daß Du deinen Sklaven dagegen freylassen sollst. Du hast auch deinen Sklaven wirklich freygelassen, allein der Sklave, den ich Dir gegeben habe, wird Dir evincirt. Es ist schon oben bemerkt worden, daß Paulus einen Unterschied macht, ob ich wissentlich einen fremden Sklaven gegeben habe, oder unwissend. In dem ersten Falle habe die actio doli, in dem andern Falle aber die actio in factum civilis, und also praescriptis verbis gegen mich statt. Paulus beruft sich hier auf Julian. Vergleicht man aber hiermit ein anderes Fragment, nämlich die Stelle Ulpians *L.* 7. §. 2. *D. de pactis*, wo auch derselbe Julian in demselben Falle angeführt wird, so entsteht hier eine fast unüberwindliche Schwierigkeit. Ulpian sagt nämlich: Et ideo puto, recte *Iulianum* a *Mauriciano* reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus: *Iulianus* scribit in factum actionem a Praetore dandam: ille ait, civilem incerti actionem, id est, praescriptis verbis,

28) S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L.

bis, sufficere: esse enim contractum, quod *Aristo* συναλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio. Maurician tadelt hier den Julian, daß er behauptet habe, man müsse sich in diesem Falle die actio in factum von Prätor geben lassen. Maurician sagte, eine actio praetoria sey nicht nöthig, da die actio civilis incerti s. praescriptis verbis genüge, und Ulpian stimmt mit in diesen Tadel ein. Allein nach Paulus war ja Julian der nämlichen Meinung. Sollten also etwa Maurician und Ulpian den Julian unrichtig verstanden, und ihn mit Unrecht getadelt, oder vielleicht Paulus Julians Meinung unrichtig vorgetragen haben? Mehrere Ausleger[29]) haben dieses freylich zu behaupten gesucht. Allein es ist schwer, sich hiervon zu überzeugen. In der *L.* 7. §. 2. *D. de pactis* kommt zwar die Distinction nicht vor, welche Paulus macht Es ist aber auch wohl gewiß darüber kein Streit gewesen, daß die actio doli in dem Falle Statt finde, wenn ein offenbarer Betrug vorhanden ist, oder wie Paulus sagt, si servum, qui evictus est, *sciens* dedi. Dieß haben auch schon Jac. Cujaz[30]), Ulrich Huber[31]), und Jos. Fernandez De Retes[32]),

29) Man vergleiche *Iud.* CHARONDAS Πειθανῶν S. Verisimil. Lib. II. c. 7. *Eguinar.* BARO ad L. 7 §. 1. D de pactis. und Reichelm in dem Not 17. S. 90. angef. Versuche eines Beweises §. 5. S. 29.

30) *Iul.* PAULUS ad L. 5. §. 2. D. de praescript. verb. *Operum* T. II. p. 1070.

31) Eunomia Rom. ad L. 5. §. 2. et 3. D. de praescript. verb. §. 4. pag. 721.

32) Opuscul. Lib. II. Sect. I. cap. 10. nr. 5. (*Thes. Meerman.* T. VI. pag. 118.)

sehr richtig bemerkt. Denn wenn gleich in der Regel die actio doli, als eine actio famosa, nicht Statt findet, wenn eine andere actio civilis oder honoraria zu Gebote steht[33]); so ist doch die actio civilis incerti, praescriptis verbis, nicht hieher zu rechnen, weil, wenn offenbarer dolus, als der Grund der speciellen actio doli, vorhanden ist, die generalis actio praescriptis verbis nach *L. 2. D. de praescr. verb.* wegfallen, und die actio specialis doli derselben vorgezogen werden muß[34]). Der Streit kann also nur die Frage betroffen haben, was für eine Klage Statt finde, wenn derjenige, welcher den evincirten Sklaven gab, in bona fide ist, oder, wie **Paulus** sagt, si *ignorans* dedi servum? Nach dem Fr. 7. §. 2. D. de pactis waren hierüber **Julian** und **Maurician** ganz verschiedener Meinung. **Julian** behauptete nämlich, in factum actionem a Praetore dandam. Daß **Julian** wohl nicht die actio in factum civilis gemeint haben könne, welche mit der actio praescriptis verbis gleichbedeutend ist, läßt sich mit Grund nicht bezweifeln. Denn diese Klage war es ja, welche **Maurician** für hinreichend, und daher jene prätorische, ohnehin nur subsidiarische, Klage für unnöthig hielt. Wie hätte also **Maurician** deshalb den **Julian** tadeln, und **Ulpian** in diesen Tadel einstimmen können? Für **Julians** Meinung stritten auch gewiß nicht unbedeutende Gründe. Denn die actio in factum praescriptis verbis steht demjenigen zu, welcher in einem unbenannten Contract etwas geleistet hat,

33) *L. 1. §. 4. D. de dolo malo.*

34) S. die Bibliothek kleiner juriſt. Schriften von **Hönes** und **Tittmann** 2. B. Nr. LXVIII. S. 292.

hat, wenn der Andere unterläßt, den Contract seiner Seits zu erfüllen. In dem gegebenen Falle hatten aber beyde Theile den Contract erfüllt. Die Frage war also nur, was demjenigen, welcher seiner Seits den Sklaven manumittirt hatte, für eine Klage zustehe, daß ihm ein anderer Sklave gegeben werde? Da nun der evincirte Sklave so gut als nicht gegeben, mithin der Contract von dieser Seite als nicht erfüllt anzusehen war [35]; so erhielt das geschlossene Geschäft, wie auch Noodt [36] wirklich behauptet, gleichsam das Ansehen eines Contractus facio ut des, aus welchem, wie Paulus sagt, keine civilis actio gegeben wird, wenn das Geschäft, wie hier, mit keinem der benannten Contracte eine Aehnlichkeit hat. Was blieb nun übrig, da hier wegen der Unwissenheit desjenigen, welcher den Sklaven gegeben hatte, daß er ein fremder Sklave sey, kein Dolus vorhanden war, für eine andere Klage übrig, als die subsidiarische actio in factum praetoria? Dennoch tadelte Maurician den Julian wegen dieser Ansicht mit Recht. Er geht von dem ganz richtigen Grundsatz aus. Es war hier ein Contract, oder, wie Aristo sagt, ein συναλλαγμα vorhanden, aus dem die actio praescriptis verbis entsteht. Unstreitig war aber dieses Geschäft ein contractus do ut facias, wofür es auch Paulus hält *L.* 5. §. 2. *D. de praescript. verbis.* Daß der Sklave nachher war evincirt worden, änderte die Natur des Contracts nicht, weil alle Contracte, besonders aber unbenannte, nach ihrem Anfange, weil sie eingegangen worden sind, und nicht nach ihrer Erfüllung beurtheilt werden.

35) *L.* 167. *pr. D. de div. reg. iuris.*

36) De pactis et transact. Cap. IX. *Oper.* Tom. I. pag. 500.

werden. Oder glaubte etwa Julian nicht, daß aus dem contractus do ut facias ein bürgerliches Geschäft auf Seiten des facientis, sondern nur auf Seiten des dantis, entstehe, so hatte er, wie Anton Faber [37]) bemerkt, auch hierin Unrecht. Allein nach dem, was Paulus sagt, war ja Julian mit Maurician vollkommen einverstanden. Sed si dedi tibi servum, *ut servum tuum manumitteres*; et manumisisti, et is, quem dedi evictus est: si sciens dedi, *de dolo* in me dandam *actionem* IULIANUS scribit; si ignorans, *in factum civilem*. Hierin liegt eben die fast unüberwindliche Schwierigkeit, welche die Ausleger hier gefunden haben. Die Rechtsgelehrten theilen sich hier in zwey Partheyen. Einige [38]) halten das Wort *civilem* für eine Interpolation des Tribonian, welcher dieses Wort hinzugefügt habe, um die Meinung des Julian mit der des Maurician zu vereinigen. Andere haben der Schwierigkeit ohne eine solche Interpolation abzuhelfen gesucht, und diese sind wieder auf mancherley zum Theil scharfsinnige Vermuthungen gerathen, von denen

ich

37) Rational. in Pand. ad L. 5. §. 2. D. de praescript. verb. pag. 591.

38) *Franc.* DUARENUS Comm. ad L. 7. §. 2. D. de pactis (*Operum* pag 53) *Anton.* GOVEANUS Variar. Lection. Lib. II. cap. 27 *Ulr.* HUBER Eunomia Rom. ad L. 5. §. 2. et 3. D de praescript. verb. pag. 719. *Fr.* HOTOMANUS de praescript. verb. Cap 2 nr 17. *Ant.* FABER Rational. in Pand. c. l. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LXXIV. Th. 5. *Chr. Fr. Ge.* MEISTER Diss. de in factum actionibus. §. 37. (*Opuscul.* pag. 393.) EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civile controvers. L. XIX. Tit. 5. Qu. 6. not. b. pag. 511.

ich nur einige anführen will. Lud. Charondas [39]) meint, Ulpian und Paulus hätten aus verschiedenen Schriften des Julian geschöpft. Julian, der mehrere Bücher über das Civilrecht geschrieben, habe nämlich die gegenwärtige Frage an mehreren Orten abgehandelt. An dem einen habe er nur im allgemeinen gesagt: actionem in factum a Praetore dandam; dieß habe Maurician getadelt, weil er ihn so verstanden, als habe er die actio in factum praetoria gemeint. Diese Schrift des Julian mit der Note des Maurician habe Ulpian vor Augen gehabt. An einem andern Orte aber habe sich Julian über seine Meinung näher erklärt, und hier sey ihm Paulus gefolgt, welcher, wie der Index Pandectarum lehrt, selbst den Julian mit Anmerkungen erläutert habe. Dieser Conjectur giebt auch Johann Carl van Wachendorf [40]) Beyfall. Gerhard Noodt [41]) hingegen glaubt, Julian sey wirklich der Meinung gewesen, daß die actio in factum civilis in dem Falle statt finde, wo kein Dolus vorhanden ist. Deswegen sey auch Julian von Maurician nicht getadelt worden, sondern dessen Tadel bestehe darin, daß Julian behauptet habe, der Prätor müsse nach Beschaffenheit der Sache bald die actio doli, bald die actio civilis in factum geben, wie Paulus näher angegeben habe. Die Worte des Julian: *in factum actionem a Praetore dandam*, müßten also nicht schlechterdings von

39) Observat. S. Verisimil. Lib. II. cap. 7. (in *Thes. Otton.* Tom. I. pag. 745.)

40) Diss. de pactis nudis. (in ejusd. *Dissertation. Triad.* Traj. ad Rhen. 1730. 8. p. 502. sqq.)

41) De pactis et transact. Cap. IX.

von der actio in factum praetoria verſtanden werden, ſondern *in factum* heiße hier ſoviel als ex facto, oder in facto, oder ex facti specie, sive pro re nata. Nach dieſer Anſicht hätte alſo **Paulus** die Meinung Julians nur hiſtoriſch angeführt, ohne ſie zu der ſeinigen zu machen. Eben dieſes meint auch **Voet**[42]). Allein wer wird glauben, daß **Paulus** an einem Orte, wo er ſelbſt entſcheiden wollte, die Meinung eines andern Rechtsgelehrten nur hiſtoriſch habe anführen wollen? Es iſt vielmehr, wie ſchon **Ulrich Hubert**[43]) bemerkt, eine bekannte Maxime der Römiſchen Rechtsgelehrten, daß ſie die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten, welche ſie anführen, ohne dieſelbe zu verwerfen, billigen. Eine ganz andere Anſicht hat **Wilhelm Schmuck**[44]). Julian, ſagt er, wär der Meinung, daß die actio praescriptis verbis aus einem unbenannten Contract nur, *re adhuc integra*, gegeben werde, und auf Erfüllung deſſelben gehe, wenn der Kläger ſeiner Seits der Convention ein Genüge geleiſtet hat. Allein iſt res nicht mehr integra, d. h. wenn nicht mehr auf die Erfüllung des Contracts geklagt werden kann, wie nun in dem gegenwärtigen Falle, wo der von dem einen gegebene Sklave, um deſſen willen der Andere den ſeinigen manumittirt hatte, war evincirt worden; ſo falle die actio praescriptis verbis weg. Hier müſſe alſo eine actio ex tra-

42) Commentar. ad Pand. Lib. XIX. Tit 5. §. 4.

43) Eunomia Rom. ad L. 5. §. 2. D. de praescript. verbis §. 4. pag. 721.

44) Ad *Iac.* LABITTI Usum Inedit. Pandectarum Cap. VI. §. 23. Not. g. bey *Abr.* WIELING in *Iurisprud. Restituta.* Part. poster. pag. 103.

traordinaria in factum eintreten, diese sey die actio de dolo contra scientem, und die actio simplex in factum contra ignorantem, welche Julian darum actio *civilis* genannt habe, weil diese nicht auf die Bestrafung des Dolus, wie jene, sondern nur auf das Interesse gehe. Vor allen diesen zeichnet sich die scharfsinnige Interpretation des Joseph Fernandez de Retes[45]) aus. Er sagt, der Fall, in welchem Maurician den Julian getadelt habe, sey ein ganz anderer, und von dem ganz verschieden, in welchem Paulus seiner Meinung folgte. Es setzen nämlich drey Fälle, welche Julian erörtert habe. Der erste ist, wenn ich wissentlich einen fremden Sklaven gab. Diesen Fall habe Julian so entschieden, daß die actio de dolo Statt finde. Dieß habe auch so wenig Maurician, als Ulpian gemißbilliget. Der zweyte Fall ist, wenn ich unwissend einen fremden Sklaven gegeben habe. Vergleicht man hier beyde Texte, so stellten sich wiederum zwey Fälle dar, welche sehr fein unterschieden werden. Erstens, es war nur überhaupt verabredet, daß ich Dir einen meiner Sklaven geben wolle, ohne gerade einen zu nennen; ich gab Dir also den Stichus, für welchen ich Dir auch einen andern hätte geben können. Ist dieß nun evincirt worden, so habe gegen mich die actio in factum civilis, id est, praescriptis verbis Statt. Diesen Fall berühre Paulus, und billige die Meinung Julians. Diese habe aber auch Maurician nicht verworfen, denn von diesem Falle sey keine Rede gewesen. Zweytens, es war ausdrücklich verabredet worden, daß ich Dir

45) Opuscular. Lib. II. Sect. I. Cap. 10. nr. 13. (In *Thes. Meermau.* Tom. VI. pag. 112.)

Dir den Sklaven Stichus geben solle, und keinen andern. Ich habe Dir auch denselben Sklaven Stichus übergeben, und nun wird Dir dieser evincirt. Hier glaubte Julian, es entstehe aus diesem Geschäft keine Civilklage, sondern Du müssest Dir vom Prätor die actio in factum geben lassen. Dieß war nun der Fall, in welchem Maurician anderer Meinung war, und wo er auch, wie in dem vorigen, die actio in factum civilis für zulässig hielt. Ulpian stimmte ihm hierin bey, und verwarf diesen subtilen Unterschied. Der Grund, welcher den Julian zu dieser Subtilität bestimmt habe, scheine folgender zu seyn.

Wenn ich Dir nämlich nur überhaupt einen von meinen Sklaven zu geben versprochen habe, so schien ich zu dem, welchen ich Dir gab, keine besondere Affection zu haben. Hätte ich wissen können, daß er Dir evincirt werden würde, so hätte ich Dir einen andern Sklaven gegeben. Wenn aber verabredet worden ist, daß ich Dir den Sklaven Stichus geben wolle, und ich habe Dir auch diesen Sklaven für die Manumission deines Sklavens gegeben, so hatte ich nicht die Absicht, auf den Fall der Eviction, einen andern zu geben, und folglich auch nicht die Absicht, auf diesen Fall zu contrahiren. Denn vielleicht war gerade der Stichus ein Herumstreicher, und fauler Kerl, mit dem ich keinen meiner übrigen Sklaven vertauscht haben möchte. Julian glaubte also, es fehle hier an einem συναλλαγμα, daher müsse man zu einer actio praetoria seine Zuflucht nehmen. Dem Maurician hingegen wollte diese Subtilität darum nicht einleuchten, weil derjenige, welcher einen Sklaven unter der Bedingung giebt, daß ein anderer Sklave dagegen manumittirt werde, auch vermöge einer ganz natürlichen Folge will, daß der Eigenthümer den

Werth

Werth seines Sklavens nicht verliere. Doch vielleicht hätte die Erklärung eines Jacob Cujas [46]) den ersten Platz verdient, welche ich noch zuletzt mit seinen eigenen Worten hier anführen will. Quod ergo PAULUS refert in §. *Sed si dedi*, partim est *ex Iuliano*, in scientem scilicet dari actionem de dolo, partim *ex nota Mauriciani ad Iulianum*, nempe in ignorantem esse actionem in factum civilem, id est praescriptis verbis, non ut *Iulianus* putabat, in factum praetoriam. Et hoc est certissimum. Auch Samuel von Cocceji [47]) ist der Meinung, Paulus habe sich nur bey dem Falle der actio doli auf Julians Auctorität berufen; die letzteren Worte: *si ignorans, in factum civilem*, seyen nicht Worte des Julian, sondern des Paulus. Warum sollte man denn aber nicht annehmen können, Paulus habe hier die von Maurician berichtigte Meinung des Julian vorgetragen, und diese in dem angeführten Falle zu der seinigen gemacht, wenn man nicht gar mit Arnold Vinnius [48]) alle Vereinigung zwischen Ulpian und Paulus für unmöglich halten will?

§. 1070.

Contractus suffragii. Permutatio.

Zu den ungenannten Contracten rechnet man noch insonderheit den *contractus suffragii*, vermöge welchen

46) Julius Paulus ad L. 5. §. 2. D. de praescr. verb. *Operum* Tom. II. pag. 1070.

47) Iur. civ. controv. Lib. XIX. Tit. 5. Qu. 6. Verb. *Iusta* etc. T. II. pag. 509.

48) Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 46. in fin.

welchen ich Jemanden etwas mit der Bedingung gebe oder verspreche, daß er sich für mich bey dem Regenten verwende, und ihm meine Angelegenheit empfehle[49]). Merkwürdig ist die darüber vorhandene Verordnung des Kaisers Theodos des Großen, welche in dem Justinianeischen Codex lib. IV. Tit. 3. befindlich ist. Diese *L. un. C. de Suffragio* lautet daselbst folgendermaßen:

Imppp. THEOD. ARCAD. *et* HONOR. AAA. *Rufino* P. P. Si qui desideria sua explicare cupientes, ferri sibi a quoquam *suffragium* postulaverint, et *ob referendam vicem* se sponsione constrinxerint: promissa restituant, cum ea, quae optaverint, consequantur: si artibus moras nectant, ad solutionem debiti coarctandi sunt. §. 1. Et si quid eo nomine in auro vel argento, vel ceteris rebus mobilibus datum fuerit: traditio sola sufficiet, et contractus habebit firmitatem: quoniam collatio rei mobilis inita, integra fide ac ratione cumulatur. §. 2. Quod si praedia rustica, vel urbana placitum continebit: scriptura, quae ea in alium transferat, emittatur: sequatur et traditio corporalis, et rem fuisse completam gesta testentur:

49) *Io. Ott.* TABOR Exposit. paratitlar. L. un. C. de suffragio, in qua praecipue agitur de suffragatorum opera et remuneratione; (in EIUS *Tractat. synoptic. trib. Argentorati* 1646. 8.) pag. 107. sqq. *Iac.* GOTHOFREDUS Commentar. ad Codicem Theodos. Lib. II. Tit. 29. Const. 2. Si certum petatur de suffragiis Tom. I. pag. 255. sqq. edit. *Ritter.* und *Io. Benj.* REISIG Diss. de contractu suffragii. *Goett.* 1737.

tur: aliter enim ad novum dominum transire non possunt, neque de vetere iure discedere. §. 3. Quodsi quis, dum solo commonitorio suffragio [50]) nititur, bona duxerit occupanda: reus temeritatis ac violentiae retinebitur, ac in statum pristinum possessio reducetur, eo a petitione excluso, qui non dubitavit invadere, quod petere debuisset.

Unrichtig haben die Glossatoren diese Constitution von den Salarien und Belohnungen der Advocaten verstanden, deren Meinung aber von allen spätern Auslegern mit Recht verworfen, und insonderheit von Godefroi ausführlich widerlegt worden ist. Sie spricht vielmehr von denjenigen, welche, um etwas bey dem Regenten zu erlangen und auszuwirken, Jemanden, der bey dem Regenten in Gunst und Ansehen steht, um sein Vorwort und die Unterstützung ihrer Angelegenheit bitten, und sich demselben in dieser Rücksicht zu einer gegenseitigen Vergeltung (ad referendam vicem) verpflichten. Man nennt den zu diesem Zweck geschlossenen Contract Suffragium, obwohl das Wort *suffragium* eigentlich soviel, als Verwendung, Fürsprache, Empfehlung, Vertretung bedeutet, und auch wohl für die Vergeltung oder Belohnung selbst, welche dem Fürsprecher gegeben oder versprochen wird, hin und wieder genommen zu werden pflegt [51]). Ein solcher Ver-

50) In dem Theodosianischen Codex L. II. Tit. 29. Const. 2. heißt es richtiger: cum solo commonitorio *de suffragio* nititur. Die Richtigkeit dieser Lesearт wird sich nachher aus der richtigen Bestimmung des Sinnes dieser Worte ergeben.

51) *Iac.* GOTHOFREDUS c. l. pag. 252. sagt: *Suffragium* est non modo auxilium, intercessio, commendatio, verum et

Vertrag wird nun hier für gültig und klagbar erklärt, doch soll nur dann eine Verbindlichkeit zur Bezahlung der versprochenen Belohnung Statt finden, wenn durch die Verwendung des Empfehlers bey dem Regenten ein den Wünschen des Promittenten entsprechender Erfolg ausgewirkt worden ist; wie die Worte *cum ea, quae optaverint, consequantur*, anzeigen. Diese Convention wäre dann ein contractus facio ut des, so wie, wenn die Belohnung schon vorausgegeben worden, dieselbe ein contractus do ut facias seyn würde. Man nennt hier die Klage actio ex suffragio, insofern das Gesuch derselben auf Leistung des Versprochenen geht[52]). Jedoch kann auch das Gegebene mit der condictio causa data, causa non secuta zurückgefordert werden, wenn der Empfänger der Bedingung des Contracts kein Genüge geleistet hat; es müßte denn etwa verabredet worden seyn, daß dem Suffragator das ihm Gegebene für seine Mühe verbleiben solle, wenn auch der Erfolg den Wünschen des Gebenden nicht entsprechen würde[53]). Wird die Belohnung nicht gleich bey Schließung des Vertrags gegeben, sondern blos versprochen, wenn der Andere die Erfüllung des Ver-

et praemium seu remuneratio, seu id, quod suffragii nomine datur suffragatori, aut promittitur. *L. 7. pr. Cod. de advocat. div. iudicum. L. 1. C. de offic. magist. offic. L. 2. Cod Ut lite pend. Nov. 8 Guid.* PANCIROLI Thesaur. Variar. Lection. Lib. I. cap. 77. und FABER cit. Tract. Pericop. 8. §. 11. p. 137.

52) S. Schmidt pract. Lehrbuch von Klagen und Einreden. §. 1064. ff.

53) S. *Iac.* GOTHOFREDUS cit. Comm. ad Cod. Theodos. c. l. T. I. pag. 257.

Verlangens des Promittenten bey dem Regenten ausgewirkt haben wird, so kann diese Convention entweder schriftlich, oder durch ein mündliches Versprechen eingegangen werden. In dem ersten Falle wird der schriftliche Aufsatz, wodurch Jemand um seine Fürsprache bey dem Landesherrn zur Auswirkung der Erfüllung eines Verlangens gebeten, und ihm dafür eine Vergeltung versprochen wird, in dem Gesetz *commonitorium*[54]) *de suffragio* genennt. Merkwürdig ist übrigens der Unterschied, der hier zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen in Absicht auf die Uebertragung des Eigenthums gemacht wird. In Ansehung der erstern soll die bloße Uebergabe genügen. In Ansehung der letztern aber wird dreyerley erfordert, wenn das Eigenthum daran von dem Suffragator erworben werden soll. 1) Der Contract muß schriftlich errichtet; 2) das Grundstück hierauf wirklich übergeben; und 3) über die Vollziehung des Geschäfts ein gerichtliches Protocoll aufgenommen werden. Unerlaubt ist jedoch das Suffragium, wenn es dazu dienen soll, ein obrigkeitliches Amt zu erschleichen[55]). Auch darf sich Niemand für sein Vorwort etwas bezahlen lassen,

54) *Iac.* GOTHOFREDUS c. l. p 258. sagt: *Commonitorium de suffragio* est scriptura clientis, qua quis suffragium suscipere rogatur, eidemque pro labore, suffragio, ad referendam vicem, si ea, quae optaverit, consequatur, aliquid promittebatur. Im Allgemeinen ist *Commonitorium*, wie Godefroi sagt: libellus, quo velut memoriali et monitorio negotium aliquod committebatur. Man sehe auch BRISSONIUS de Verb. Signif. h. voc.

55) *Nov. 128. cap. 2. et Nov. 161.*

sen, der schon von Amtswegen zur Unterstützung einer Sache verbunden war [56]).

Auch die *Permutatio* wird gewöhnlich zu den ungenannten Contracten, und zwar nach Hellfeld zu den irregulären gezählt. Allein sie ist es nicht immer. Ueberhaupt sind unsere Rechtsgelehrten über den Begriff derselben noch gar nicht einig. Einige [57]) halten die Permutatio für den contractus innominatus do ut des, und berufen sich auf das Zeugniß des Paulus *L. 5. §. 1. D. de praescriptis verbis.* Andere [58]) sagen, die *Permutatio* sey in mehr als einer Rücksicht von dem contractus do ut des unterschieden. Vorzüglich hat sich Anton Faber [59]) bemüht, diesen Unterschied auseinander zu setzen. Nescio, sagt er, an quisquam adhuc dixerit, quod mihi videtur, in eo differre *permutationem* a *contractu do ut des*, quod *permutatio* non est, priusquam res, quae permutantur, vicissim dentur. At contractus *do ut*

56) S. Weber syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 67. Not. 6. S. 243.

57) *Io.* CORASIUS Miscellaneor iuris civ. Lib II. cap. 15. *Ios. Fernand. de* RETES Opusculor. Lib II. Sect I. Cap. II. n. 9. et 10. (*Thes. Meerman.* Tom. VI pag 93.) *Io.* VORT Commentar. ad Pand. h. t. §. 1. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu 9. und *Car Frid.* WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. Membr. IV. Cap. V. §. 3.

58) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 18. *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 1. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institut. §. 892. S. 871.

59) Conjecturar. iur. civ. Lib. VI. cap. 9. pag. 148.

ut des fit ex eo solo, quod ego tibi do ea lege, ut vicissim mihi des. Itaque quamvis non dederis, attamen accepisse te sufficit, ut ex contractu tamquam perfecto sis obligatus, ut proinde mirum non sit, teneri te in id, quod mea interest, si ex parte tua dare nolis. Praesertim cum rem ipsam dare praecise cogi non possis: quia in id non sis obligatus. At ex contractu *permutationis* fieri non potest, ut obligeris, priusquam permutatio facta sit: neque rursus, ut permutatio facta videatur, antequam res utrimque tradita fuerit. Sed quoniam qui primus tradidit, rei suae dominium in accipientem transtulit, condictioni locum esse necesse est, ut, quod datum fuit, repetatur. Quam ob causam traditio, quae ex una tantum parte facta est, obligationi initium praebere dicitur, non quod agi in id possit; ut vicissim res detur, vel ut quod interest, praestetur, sed quod obligatus esse incipiat is, qui accepit, ut quod sibi datum est, restituat, nisi permutationem implere velit. Contractus igitur *do ut des* non permutatio est; sed principium permutationis, quae tum demum perficietur, cum, postquam ego dedero, tu vicissim dederis. Denique permutatio non est, cum do ut des, sed cum do, quia tu dedisti. Uteroue quidem contractus innominatus, sed ille traditionem ab altero ex contrahentibus faciendam: *permutatio* ab utroque factam demonstrat. In contractu *do ut des* negotium contrahitur inter dantem et accipientem. Neque enim potest quis dare, ut sibi detur, quin is, qui accepit, accipiat ea lege, ut det vicissim.

Permutatio autem non requirit, datum esse ab uno, ut ab altero daretur: sed si permutationis placitum praecesserit, deinde alter ex contrahentibus dederit pure, hoc est, nulla dationi lege adiecta, permutatio erit, si quod ab eo, qui accepit, dari convenit, postea detur. — Denique *permutatio* non fit sine praecedente pacto permutandi, ut dignosci possit, an ea contrahentium voluntas fuerit, ut permutationem potius, quam aliud negotium contraherent. At contractus *do ut des* praecedentem conventionem nullam desiderat. Satis enim, quid agatur, demonstrat is, qui dicit se rem dare, ut rem accipiat: et qui accipit ea lege, id ipsum velle se, si non verbis, certe facto testatur. Hinc vero fit, ut quamvis ex utroque contractu *permutationis* et *do ut des*, sicut ex caeteris innominatis, nascatur *actio praescriptis verbis*: ea tamen, quae ex *permutatione* oritur, bonae fidei sit, illa vero, quae ex contractu *do ut des*, sicut caeterae omnes, praeter aestimatoriam, sit stricti iuris [60]).

Der Streit iſt leicht zu heben, man unterſcheide nur die verſchiedenen Bedeutungen des Ausdrucks *permutatio*. Der Tauſch beginnt, wie Faber ganz richtig lehrte, mit dem gegenſeitig acceptirten Verſprechen, für eine Sache eine andere geben zu wollen. Dieſes iſt ein ſimpler Vertrag, welchen die Geſetze [61]) mit dem Ausdruck placitum permutationis bezeichnen, und der nach dem Römiſchen Recht noch keine bürgerliche Verbindlichkeit erzeugt, wenn er nicht

60) §. 28. *I. de actionib. L. 2. Cod. de rerum permutat. L. 2. D. eodem.*

61) *L. 3. et 4. Cod. (IV. 64.) de rerum permutat.*

nicht in eine Stipulation eingekleidet worden. Ex placito permutationis, so reſcribiren die Kaiſer **Diocletian** und **Maximian** *L.* 3. *Cod. h. t.* nulla re secuta, constat, nemini actionem competere: nisi stipulatio subiecta ex verborum obligatione quaesierit partibus actionem. Nach dem heutigen Rechte würde dieſer Vertrag klagbar ſeyn, und ein **Tauſchcontract** genennt werden können[62]). Schon **Paulus** ſagt ja *L.* 1. §. 2. *D. h. t.* PERMUTATIO ex re tradita initium obligationi praebet. Hat alſo einer der Contrahenten dem Andern gegeben, was er ihm verſprochen hatte, um von dem Andern das gegenſeitig Verſprochene zu erhalten, ſo iſt nun zwar, wie **Ulpian**[63]) lehrt, ein συναλλαγμα, das heißt ein Contract vorhanden, wodurch eine obligatio civilis begründet wird. Allein ſo lange der Andere noch nicht das Gegenverſprechen erfüllet hat, iſt das Geſchäft nach dem röm. Civilrecht kein anderes, als der contractus innominatus *do, ut des.* Dieſer Contract wird zwar auch *Permutatio* genennt. Sin autem *rem do, ut rem accipiam:* quia non placet PERMUTATIONEM RERUM emtionen esse; ſagt **Paulus**[64]), dubium

H 2

62) LAUTERBACH Colleg. th pract. Pandectar. h. t §. 3—6. iſt zwar anderer Meinung. Allein bringt heutzutage der bloße Vertrag die nämliche Wirkung hervor, welche einſt die Stipulation bey den Römern hatte; ſo kann doch wohl das placitum permutationis keine Ausnahme machen. S. **Ludw. Frieb. Griesinger** von der Verbindlichkeit der Verträge (**Tübingen** 1793.) 2. Buch §. 26. S. 126. f. und §. 28. S. 137. f. **Juſt Claproth** Rechtswiſſenſchaft von richtiger und vorſichtiger Eingehung der Verträge und Contracte. 2. Th. §. 330. und **Weber** zu **Höpfners** Commentar über die Heinec. Inſtitutionen §. 802. Not. 6. S. 872.

63) *L.* 7. §. 2. *D. de pactis.*

64) *L.* 5. §. 1. *D. de praescr. verbis.*

bium non est, nasci civilem obligationem. Allein eine *Permutatio* im eigentlichen Sinn des Worts ist es nicht. Der Contract heißt *Permutatio* in dem Sinn, wie auch der Ausdruck *donatio* im uneigentlichen Verstande das Schenkungsversprechen andeutet. Wenn aber beyde Contrahenten, welche mit einander übereingekommen waren, Sache um Sache zu geben, diesen Vertrag durch gegenseitige Auswechselung und wirkliche Weggebung der einander versprochenen Sachen vollzogen haben, so ist dieses eine *permutatio* oder Austauschung im eigentlichen Sinn, so wie sie ursprünglich vor Einführung des Geldes nach der Vorstellung des Paulus die Stelle des jüngern Kaufcontracts vertrat. So heißt denn also die Vollziehung des contractus innominati *rem do, ut rem accipiam*, gerade eben so *Permutatio*, als wie das wirkliche Weggeben einer Sache in der Absicht, dem Andern das Eigenthum daran unentgeldlich zu überlassen, eine Schenkung, *donatio* im eigentlichen Sinn, genennet wird [65]). In dieser Bedeutung erklärt nun auch Brisson [66]) das Wort *permutare* ganz richtig, wenn er sagt: Permutare dicuntur, qui res, quarum domini sunt, invicem mutant, ultro citroque dando et accipiendo [67]).

Wenn gleich die Kaiser Diocletian und Maximian *L. 2. Cod. h. t.* rescribiren, *Permutationem*, utpote re

65) *L. 1. pr. D. de donationib.*

66) De Verbor. quae ad ius civ. pertinent, Significat. voc. *Permutare.*

67) Man vergleiche hier noch Reichhelms angef. Versuch eines Beweises, daß der Römer nur zwey Arten unbenannter Contracte kannte. §. 3.

re ipsa bonae fidei constitutam, *vicem emtionis obtinere*, non est iuris incogniti; so hat doch **Paulus** in dem aus deſſen *libro* 32. *ad Edictum* [68]) in die Pandecten aufgenommenen *fr.* 1. *h. t.* den Unterſchied zwiſchen **Kauf** und **Tauſch** ſehr genau angegeben. Da dieſe Stelle von mehreren mißgedeutet worden iſt, ſo verdient ſie etwas genauer betrachtet zu werden.

Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emtor, alius venditor: ita pretium aliud, aliud merx: at in *permutatione* discerni non potest, uter emtor, vel uter venditor sit: multumque differunt praestationes: emtor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito: venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere, et purgari dolo malo: itaque, si evicta res non sit, nihil debet. In *permutatione* vero, si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius: sed cum debeat et res, et pretium esse, non potest inveniri, quid eorum merx, et quid pretium sit: nec ratio patitur, ut una eademque res et veneat, et pretium sit emtionis.

§. 1.

68) CUJACIUS in Commentar. postum. ad Paulum Tom. II. *Operum a* FABROTO *editor.* pag. 526. und *Iac.* LABITTUS Us. Indicis Pandectar. Cap. 3. §. 19. (in *Abr.* WIELING Iurisprud Restit. T. II. p. 45.) halten jedoch dieſe Inſcription für unrichtig, weil **Paulus** im 32. Buch über das Edict von dem Mandat und der Societät, und erſt im 33. Buch von dem Kaufe gehandelt hat, wie aus der Inſcription der *L.* 1. *D. de contrah. emt.* erhellet, welche beyde Stellen wegen ihres urſprünglichen Zuſammenhanges mit einander zu verbinden wären.

§. 1. Unde si ea res, quam acceperim, vel dederim, postea evincatur, *in factum dandam actionem* respondetur.

§. 2. Item emtio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur: *permutatio* autem ex re tradita initium obligationi praebet: alioquin, si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus: quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum habent: ut in emtione, venditione, conductione, mandato.

Paulus giebt hier einen doppelten Unterschied zwischen Kauf und Tausch an.

1) Beym Kaufe muß zwar der Käufer dem Verkäufer das Eigenthum des Kaufgeldes verschaffen; der Verkäufer hingegen ist nur verbunden, die Sache dem Käufer zum freien Besitz zu übergeben, und ihn auf den Evictionsfall schadlos zu halten. Verschaffung des Eigenthums kann der Käufer nicht schlechterdings verlangen. Daher gilt auch der Kauf über eine fremde Sache, wenn nur dem Verkäufer kein Dolus zur Last fällt. Wenn also auch der Käufer in der Folge erfährt, daß die von ihm gekaufte Sache eine fremde sey, so kann er dennoch, vor erfolgter Eviction, nicht gegen den Verkäufer klagen, ausser wenn letzter dem unwissenden Käufer wissentlich eine fremde Sache verkauft hat[69]). Anders ist es bey der Permutation. Diese erfordert wechselseitige Uebertragung des Eigenthums; die gegen einander auszuwechselnden Sachen mögen in Geld oder Waare

69) *L. 30. §. 1. D. de action. emti et vend.*

Waare bestehen. Denn auch Gelder können, wie Waare, gegen einander ausgewechselt werden [70]). Gerhard Noodt [71]) und Emund Merille [72]) wollen zwar behaupten, daß die Uebertragung des Eigenthums beym Tausch so wenig, wie beym Kaufe, erforderlich sey. Allein Paulus widerspricht offenbar dieser Meinung, und zeigt dieses hier κατ' ἀνθρωπον. Der Sinn der Worte: *In permutatione vero* etc. ist folgender. Der Tausch ist vom Kaufe ganz verschieden. Denn wollte man annehmen, auch durch Kaufen und Verkaufen geschehe ein Tausch, so würde daraus folgen, daß wenn dasjenige, was beyderseits gegeben worden, in Gelde besteht, auch jeder von dem, was er empfangen hat, Eigenthümer werden müßte. Denn dieß bringt die Natur der Permutation mit sich. Allein dieses ist dem Kaufe und Verkaufe zuwider. Also ist dieser von jener unterschieden. Der Zusammenhang der Ideen ist, weil im Kaufe jederzeit das Eigenthum des Kaufgeldes auf den Verkäufer übertragen wird. Wollte man ferner annehmen, daß dasjenige, was gegenseitig ausgetauscht wird, Waare sey; so würde daraus folgen, daß keiner von Beyden nothwendig Eigenthümer von dem werden müsse, was ihm von dem andern gegeben worden ist. Denn so ist es im Kaufcontract rücksichtlich der Waare. Dieses widerstreitet aber der Natur des Tausches. Endlich sagt Paulus, wenn auch sowohl Geld als Waare gegen einander ausgetauscht

würde,

70) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1.

71) Probabil. iuris civ. Lib. II. cap. 12. Oper. Tom. I. pag. 54.

72) Observation. Lib. II. cap. 13. und Lib. V. cap. 9.

würde, so sey doch der Kauf dem Tausch nicht ähnlich, weil in einem wahren Tausche nicht unterschieden werden könne, welches von beyden die Waare und welches das Pretium sey, was aber doch zum Wesen eines Kaufs gehört, weil vernünftiger Weise nicht die nämliche Sache beyder Stelle vertreten kann. So erklärt diese Stelle sehr natürlich Christfried Wächter[73]), und diese Erklärung stimmt auch mit den Basiliken[74]) und den Scholien[75]) derselben überein. Erstere stellen folgenden Hauptsatz aus diesem Fragment auf: ἐπὶ δὲ τῆς ἀνταλλαγῆς ἑκάτερος ἀναγκάζεται ποιεῖν δεσπότην τὸν λαμβάνοντα. i. e. *In permutatione vero utrique cogitur accipientem dominum facere.* Die übrigen Worte des Paulus: *si merx, neutrius* hat der Scholiast sehr gut erklärt: ἐπὶ δὲ τῆς περιουσιώνος, εἰ μὲν τὸ ἐξ ἑκατέρου πλευροῦ παρεχόμενον τίμημα νομίζεται, ἑκάτερος ὀφείλει δεσπότης γένεσθαι τοῦ διδομένου, εἰ δὲ τὸ ἐξ ἑκατέρων διδόμενον πεπρᾶσθαι δοκεῖ, τουτέστι πράσιμον εἶναι φορτίον, οὐδὲ ἕτερον ἀνάγκη δεσπότην ποιῆσαι τοῦ διδομένου. i. e. *In permutatione vero, si quidem quod ex utroque latere datum est, pretium existimetur, uterque eius, quod datum est, dominus fieri debet.* (Et sic non est emtio venditio). *Sin autem, quod utrimque*

73) Notae ad *Ger.* NOODT Probabil. iuris civ. ad Libr. I. cap. 12. (in *Opusculis iurid. philolog.* a. *Chr. Henr.* TROTZ edit. *Traj. ad Rhen.* 1733. *pag.* 288. *sq.*)

74) Tom. II. Libr. XX. Tit. 3. Const. 1. pag. 496. edit. *Fabroti.*

75) Ibid. pag. 499.

que datum est, venditum videatur, hoc est, merx venalis, neutrum necesse est dominum fieri eius, quod datum est. Et sic non est permutatio. Es ist daher eine ganz unrichtige Erklärung, wenn einige die Worte: *In permutatione vero si utrumque* u. s. w. so haben verstehen wollen, als komme es bey der Permutatio darauf an, ob das, was gegenseitig gegeben worden, ein pretium, oder merx sey, und daß nur in dem ersten Fall jeder Eigenthümer des Empfangenen werde, aber nicht in dem letztern Falle. Diese Erklärung hat schon **Anton Faber**[76]) mit Recht verworfen, und dagegen eingewendet: Quomodo fieri possit, ut utrimque pretium detur, nisi admittas, quod PAULUS mox negat dici posse, unam eandemque rem et mercem et sui ipsius pretium videri? Deinde quis nesciat, *permutationem* non aliter contrahi posse, *quam si utraque ex parte rerum, quae permutantur, dominium transferatur?* Er bestimmt nun den Sinn der Worte des **Paulus** ganz mit der obigen Erklärung übereinstimmend dahin. PAULI ergo sententia est, sagt er, vel in eo maxime dignosci emtionis et permutationis differentiam, quod cum in emtione merx tradatur, et pretium detur, in permutatione utrimque rem dari oporteat: quod tamen falsum esset, si permutatio emtionis iure censeri posset. Dicendum namque esset, si merx utrimque permutaretur, nulla ex parte dominium transferri, sed eo tantum casu, quo pretium utrimque daretur, quemadmodum in emtione et venditione

76) Conjecturar. iuris civ. Lib. VI. Cap. 9. pag. 147. (*Aurelianae Allobrog.* 1609. *f.*)

tione contingit, ut qui mercem debet, non nisi ad tradendum, qui vero pretium, etiam ad dandum sit obligatus.

2) Ein anderer Unterschied zwischen Kauf und Tausch besteht nach Paulus Lehre darin. Der Kauf wird durch die bloße Einwilligung der Contrahenten geschloßen, und er kann auch über eine fremde Sache geschloßen werden[77]). Allein die Permutatio erzeugt erst eine Verbindlichkeit, wenn die Sache von dem einen Theile dem andern übergeben worden ist, und erfordert schlechterdings zu ihrer Gültigkeit, daß die dem Andern übergebene Sache eine eigenthümliche Sache des Gebenden gewesen sey[78]). So lange also noch keine Uebergabe erfolgt ist, ist nach dem Römischen Recht noch keine obligatio, d. i. noch keine klagbare Verbindlichkeit, sondern ein bloßes pactum vorhanden; und wird eine fremde Sache gegeben, so ist der Tauschhandel nichtig. Es kann daher auch nicht mit der aus dem Tauschcontract sonst entstehenden actio praescriptis verbis gegen den Empfänger derselben geklagt werden, daß er die dagegen versprochene Sache gebe, oder das Interesse leiste. Denn man kann hier nicht sagen, daß derjenige den Vertrag seiner Seits erfüllt habe, der dem Andern eine fremde Sache gegeben hat. Es findet daher blos eine Condiction Statt, mit welcher die gegebene Sache zurückgefordert werden kann, welche

77) *L. 28. D. de contrah. emt.*

78) Man sehe hier vorzüglich *Io. Iust.* RAABE Disquisit. de peculiari indole permutationis, quod ad traditionem attinet, qua *Em. Merillii* hac de re doctrinam expendit. *Marburgi* 1754. §. 14. sqq.

welche nicht aus der permutatio, sondern aus der Billigkeit entspringt[79]). Denn der Empfänger wird nun auch so angesehen, als ob er seiner Seits den Vertrag nicht erfüllt habe. Dieß ist, nach der richtigen Erklärung des Cujaz[80]), der Sinn der letztern Worte des Paulus: *Igitur ex altera parte traditione facta*, rei scilicet alienae, *si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus, ut quod interest nostra illam rem accepisse, de qua convenit, solvatur* scilicet nobis, *sed, ut res contra nobis reddatur, conditioni locus est, quasi re non secuta.* Die Richtigkeit dieser Erklärung setzt der unmittelbare Zusammenhang dieses Paragraphen mit dem vorhergehenden §. 3. außer Zweifel; und es ist daher der Vorwurf, den hier Kaspar Schifordegher[81]) dem Cujaz gemacht hat, daß seine Erklärung lächerlich sey, ganz ungegründet. Mit Recht hat ihn gegen diesen ungerechten Tadel Georg Krantzke[82]) gerechtfertiget. Hätte jedoch derjenige Contrahent, welcher den Vertrag seiner Seits durch Gebung einer ihm eigenen Sache erfüllet hatte, nachher unwißend von dem andern Theile eine fremde Sache empfangen; so ist der Contract nicht ungültig. Der Empfänger der fremden Sache kann dieselbe usucapiren, und wird sie von dem Eigenthümer evincirt, so hat er die Wahl, ob er mit der actio praescriptis verbis, welche aus der Permutation entspringt, auf das Interesse klagen, oder seine Sache mit der condictio causa data causa non secuta zurückfordern

79) *L. 65. §. 4. D. de condict. indeb.*

80) Observation. Lib. XXIII. Cap. 28.

81) Ad Anton. Fabrum Lib. II. Tract. III. Qu. 4.

82) Commentar. in Pand. h. t. n. 6.

dern wolle, weil die Uebergabe einer fremden Sache hier eben so anzusehen ist, als wäre von dieser Seite der Contract gar nicht erfüllet worden[83]).

Ein dritter Unterschied zwischen Tausch und Kauf, den Paulus hier nicht ausdrücklich berührt hat, besteht darin, daß im Tausche das Eigenthum der gegebenen Sache sogleich auf den Empfänger derselben übergeht, wenn dieser auch gleich den Contract seiner Seits noch nicht erfüllt hat[84]); welches bey dem Kaufe nicht geschiehet, wenn nicht auf Credit gehandelt worden ist[85]). Hätte daher der Empfänger, ehe er noch seiner Seits das Gegenversprechen geleistet hat, die von dem andern Theile erhaltene Sache wieder verkauft, so kann nicht gegen den Käufer auf Restitution der Sache geklagt werden, sondern es findet nur eine persönliche Klage gegen den andern Mitcontrahenten Statt, welcher die veräußerte Sache erhielt, und zwar dahin, daß er entweder den Contract erfülle, oder die ihm gegebene Sache wegen nicht erfolgter Gegenleistung zurückgebe, wie aus folgender Constitution der Kaiser Diocletian und Maximian erhellet.

L. 4. Cod. h. t. Cum precibus tuis expresseris, placitum inter te, et alium permutationis intercessisse, eumque fundum a te datum vendidisse proponis, *contra emtorem* quidem te nullam habere actionem

83) *L.* 1. §. 1. *D. h. t. L.* 1. *Cod. eodem. L.* 29. *Cod. de eviction. S. Io. Nic.* HERTII Diss. de conventionibus dominii translativis. §. 11. (in *Commentat. et Opusc.* EIUS. Vol I. Tom. III. pag. 74. sq.)

84) *L.* 4. *Cod. h. t.*

85) §. 41. *I. de rerum divisione.*

tionem perspicis, *cum, ab eo susceperit dominium, cui te tradidisse titulo permutationis non negas.* Sed si secundum fidem placiti *stipulatio* subjecta est: successores eiusdem, cum quo contractum habuisti, convenire non prohiberis. Si vero nulla stipulatio intercessit, *praescriptis verbis actio* est, ut vel fides placiti tibi servetur, vel quod alterius accipiendi fundi gratiâ dedisti, causa non secuta restituatur.

Es findet daher auch hier nicht so, wie beym Kaufe, ein Vorbehalt des Eigenthums Statt [86]). Der Empfänger ist jedoch schlechterdings verbunden, das Gegenversprechen zu erfüllen, und kann, wenn die versprochene Sache noch vorhanden ist, sich nicht wider den Willen des auf Erfüllung klagenden Theils durch Leistung des Interesse davon loßmachen [87]). Zwar sind mehrere Rechtsgelehrten [88]) anderer Meinung. Sie berufen sich auf den Ausspruch des Paulus *L.* 5. §. 1. *D. de praescriptis verbis*, wo es heißt: Sin autem *rem do, ut rem accipiam*: quia non placet permutationem rerum emtionem esse, dubium non est,

86) S. RAABE cit. Disquisit. §. 17.

87) *Idd.* MENCKEN Synops. theoriae et praxeos Pandectar. h. t. §. 6. in fin. RAABE cit. Disquisit. §. 17. Schmidt pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 1062.

88) *Ant.* FABER de Erroribus Pragmaticor. Dec. LXXXIII. Err. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. § 26. Unter den ältern sind Baldus, Bartolus, Raphael Fulgosius, Paulus Castrensis, und Cynus derselben Meinung. Nicht minder *Ge.* FRANTZKIUS Commentar. in Pand. Lib. XIX. Tit. 5. nr. 63. u. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant.* Fabrum Lib. II. Tr. III. Qu. 4.

est, nasci civilem obligationem: in qua actione id veniet, non ut reddas, quod acceperis, sed *ut damneris mihi, quanti interest mea, illud de quo convenit, accipere.* Man hat daher hierin einen wichtigen Unterschied zwischen genannten und ungenannten Contracten zu finden geglaubt, daß nur in den erstern der Contrahent genöthiget werden könne, gerade diejenige Sache zu übergeben, welche er vermöge derselben zu geben verbunden ist, in den letztern aber nicht, sondern da müße man sich mit dem Interesse begnügen. Denn der Beklagte habe die Wahl, ob er den Contract erfüllen oder das Interesse leisten wolle. Allein von diesem Unterschiede läßt sich kein vernünftiger Grund angeben. Es unterstützt aber auch Paulus diesen Unterschied gar nicht, sondern Paulus wollte nur, wie Joseph Fernandez de Retes[89]) sehr richtig bemerkt, die äußersten Grenzen dieser Klage bezeichnen, wie weit nämlich die actio praescriptis verbis reicht, und was man durch dieselbe erhalten kann, z. B. im Falle des Verzugs. Daß aber der Beklagte mit der actio praescriptis verbis im Tausche so gut, wie mit der actio emti der Verkäufer, angehalten werden könne, den Contract zu erfüllen, lehren nicht nur die *L.* 4. und *L.* 8. *Cod. h. t.* ganz klar, sondern es folgt dieses auch schon daraus, weil die actio praescriptis verbis, welche aus der Permutation entspringt, nach *L.* 2. *Cod. eodem* dieselbe Wirkung hat, wie die actio ex emto.

Soviel übrigens die Prästation der Culpa beym Tausche im uneigentlichen Sinne anbetrifft, so berührt Paulus dieselbe in der *L.* 5. §. 1. *D. de praescriptis verbis* nur

89) Opuscolor. Lib. II. Sect. I. Cap. 10. nr. 1—3. (Tom. VI. *Thes. Meerman.* p. 110.)

nur im Vorbeygehen, wenn er sagt: Sed *si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi darer*, periculo meo Stichus erit: *at tu tuntaxat culpam praestare debes.* Da die Römer den Tausch, soweit es die Grundsätze des ungenannten Contracts zulassen, nach dem Kaufe beurtheilten[90]; so ist von jedem Contrahenten das zu prästiren, was die Gesetze von dem Verkäufer verlangen[91]. Muß aber auch derjenige, dem die Sache im Tauschcontract versprochen worden, wenn sie vor der Uebergabe zu Grunde geht, das periculum eben so, wie der Käufer, übernehmen? ich meine hier das periculum casus. Müßte er es tragen, so würde natürlich das Gegebene nicht wieder zurückgefordert werden können. So wollen denn auch wirklich viele die Worte des Paulus: *periculo meo Stichus erit*, erklären. Allein daß Paulus hier bloß von der actio in factum praescriptis verbis rede, und nur soviel sagen wolle, daß hier wegen der nicht erfolgten Gegenleistung kein Interesse gefordert werden könne, damit aber die condictio ob causam datorum nicht habe ausschliessen wollen, lehrt der Zusammenhang dieser Stelle augenscheinlich, wie ich schon an einem andern Orte[92] gezeigt habe.

Noch

90) *L.* 2. *D. h. t.* ARISTO ait, quoniam *permutatio vicina esset emtioni*, sanum quoque, furtis noxisque solutum, et non esse fugitivum servum, praestandum, qui ex causa daretur. Adde *L.* 2. *C. eodem.*

91) S. Franz Schömann Lehre vom Schadensersatze S. 201. f.

92) S. den 13. Th. dieses Commentars §. 823. S. 47. Vergleiche auch noch *Casp.* SCHIFORDEGGER ad Ant. Fabrum Lib. III. Tr. XVIII. Qu. 4.

Noch ist zu bemerken. So wie die Gefahr und der Vortheil mit der Uebergebung der Sache auf den Empfänger derselben, als Eigenthümer, übergeht; so gebühren auch von der Zeit der Uebergabe an demjenigen, welcher dadurch den Contract seiner Seits zu erfüllen den Anfang machte, die Früchte der dagegen von dem andern Theil versprochenen Sache, ja es muß dem Erfüllenden von jener Zeit an alles Interesse vergütet werden, wenn der Empfänger mit der versprochenen Gegenleistung zögerte[93]). Denn mit der von dem einen Theile geschehenen Leistung fängt bey zweyseitigen Geschäften der Verzug sofort für den andern Theil an[94]).

§. 1071.

Geldwechsel, eine Art der Permutation. Ursprung der heutigen Wechsel.

Eine bey den Römern sehr gewöhnliche Art des Tausches war der Geldwechsel, welcher nicht nur darin bestand, wenn man gleich in der Bank des Argentars Münzen gegen ein Aufgeld, welches man *Collybus*[95]) nannte, umsetzte, von welchem Geschäft die Argentarien den Namen *Collybistae*[96]), in dem Mittelalter aber Cam-

93) *L.* 5. §. 1. *D. de praescript. verb. Ioann. Iust.* RAABE cit. Disquisit. de peculari indole permutationis, quod ad traditionem attinet, §. 20 et 21.

94) Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 105.

95) CICERO *Epist. ad Attic.* Lib. XII. Ep. 5. et in Verrem. Lib. III. cap. 78.

96) ZONARAS ad Can. 76. Synodi Trullanae pag. 189. den CUJACIUS Obs. Lib. X. c. 14. anführt, sagt: Κολλυβιστάι εἰσιν

prores oder *Cambiatores*, von dem auch den Römern nicht ganz unbekannten Worte *cambire*[97]), d. i. permutare, erhielten; (Julius Pollux[98]) nennt diese Geldverwechselung ἀργυρίου ἀλλαγή); sondern auch häufig auf die Art geschahe, daß man das Geld, was man Einem zu Rom ausgezahlt hatte, an einem dritten Orte, wo man es brauchen wollte, z. E. in Athen, oder Corinth, gegen eine vorgezeigte Assignation wieder erhielt, wovon viele Beyspiele bey Cicero[99]) vorkommen[100]). Mehrere Rechtsgelehr-

εἰσιν οἱ τὰ λεπτὰ νομίσματα πωλοῦντες, ἤτοι τοὺς κολλύβους. i. e. *Collybistae* sunt, qui minuta numismata vendunt, vel nummos.

97) S. APULEJUS in Apolog. pag. 284. edit. *Elmenhorst.* wo der Ausdruck vorkommt *mutuarias operas cambire*, welches Wort CHARISIUS lib. III. *Institut. Grammatic.* cap. 4. et 10. für mutare erklärt. Hierher gehört auch die Stelle aus PRISCIANI lib. X. *Grammat.* c. 2. pag. 906. edit. *Putschii. Cambio*, ἀμείβομαι, ponit *Charisius*, et eius praeteritum *campsi*, quod ἀπὸ τοῦ κάμπτω ἔκαμψα Graeco esse videtur: unde *campso campsas* solebant vetustissimi dicere. S. DU CANGE Glossar. voc. *Cambiare*. *Io.* VOSSIUS Etymol. linguae lat. v. *Cambio;* und ALCIATUS Parergor. Lib. I. cap 45. und GESNER in Thes. ling. lat. voc. *Cambire.*

98) *Onomastic. III.* 9. *VII.* 30.

99) *Ad Atticum* Lib. XII. Ep. 24. et Lib. XV. Ep. 15. *ad diversos* Lib. II. Ep. 17. et Lib. III. Ep. 5. S. ERNESTI Opuscula orator. pag. 402.

100) S. *Ie. Gottfr.* SIEBER Diss. I. de argentariis *Lipsiae* 1737. §. 16. et Diss. II. *Lipsiae* 1739. §. 8. (in *Io. Melch. Gottl.* BESEKE *Thes. iur. cambial.* P. I. pag. 9. et 20.)

gelehrten [a]) wollen hier die ersten Spuren des heutigen Wechselgeschäfts gefunden haben; allein daß jener Geldwechsel der Römer von dem heutigen Wechselgeschäft in Form und Wirkung ganz verschieden gewesen sey, hat schon Heineccius [b]) sehr richtig bemerkt. Der Ursprung der heutigen Wechsel kann also keineswegs von den Römern hergeleitet werden [c]). Es ist auch der Wechselcontract ein eigener Contract, welcher zu keinem der römischen Contracte gerechnet werden kann [d]). Er hat das Eigene, daß er nur schriftlich errichtet werden kann, und sein Wesen besteht darin, daß man sich durch Ausstellung oder Annahme einer das Wort Wechsel in sich enthaltenden Schrift verbindlich

und Form. HUBERT Disp. de argentariis Veterum Diss. I. Duisb. ad Rhen. 1739. §. 4. sqq. und Disp. II. *Ibidem* 1740. §. 2. et 3. (in Ger. OELRICHS *Thes. Dissertation. iurid. in academ. Belgicis habitar.* Vol. II. T. I. Nr. 1. et 2.)

a) G. *Ulr.* HYBER Praelect. iur. civ. in Pand. Lib. XVII. Tit. 1. §. 12. *Ge. Henr.* AYRER Diatribe de cambialis instituti vestigiis apud Romanos, in BESEKE Thes. iur. camb. P. I. Nr. III. p. 80. sqq.

b) Heinec. de vitiis negotiationis collybisticae vel cambialis. Cap. I. §. 3. in *Opusc.* pag. 457. und Desselben Elem. iuris cambial. Cap. I. §. 7.

c) *Christ. Gottl.* RICCIUS Exercit. iur. cambial. I. Sect. I. de historiis iuris cambialis. §. 1.

d) RICCIUS Exercit. iur. Rom. Ex. XXXII. §. 10. HEINECCIUS Elt. Iuris Cap. I. §. 12—16. RICCIUS Exercit. iuris cambial. II. de contractu cambiali. *Goett.* 1779. Paul Pezold Recht des Wechselcontracts. Leipzig 1810. und Joseph von Wesel der Wechselcontract nach seiner historischen, teleologischen und philosophischen Ansicht. Prag 1812.

bindlich macht, eine Summe Geldes bey Vermeidung der schleunigsten Execution zur bestimmten Zeit zu bezahlen. Das heutige Wort Wechsel oder *Cambium* bezeichnet nun bald diesen Contract, bald den Wechselbrief, worin Jemand einem Andern eine gewisse prompte Zahlung verspricht, und zwar entweder so, daß er sich selbst zur Bezahlung einer gewissen Summe gegen den Gläubiger verbindlich macht, welches ein eigener oder trockener Wechsel, (*cambium proprium* s. *siccum*) genennet wird; oder so, daß einem Dritten darin der Auftrag gegeben wird, dem Vorzeiger des Wechsels eine gewisse Summe zur bestimmten Zeit zu bezahlen, welches ein trassirter Wechsel oder schlechthin eine Tratte (*cambium trassatum*) genennet wird. Das trassirte Wechselgeschäft ist das eigentliche ursprüngliche Wechselgeschäft, welches zu dem ganzen Ursprunge des strengen Wechselrechts die Gelegenheit gegeben hat. Fragt man aber wo, wann und warum es zuerst eingeführt worden, daß wenn aus einer Handschrift, welche das Wort Wechsel enthält, gegen den Aussteller, oder Acceptanten geklagt wird, dieser mit Verwerfung aller, wenigstens nicht auf der Stelle erweißlichen, Einreden sofort zahlen, oder sich den persönlichen Arrest gefallen lassen müsse? so ist es wohl nach den historischen Untersuchungen, welche Herr von Martens 5) diesem Gegenstande gewidmet hat, keinem weitern Zweifel unterworfen, daß die Handels- und Geldgeschäfte auf den Messen die Veranlassung dazu gegeben, und der erste Grund

5) Ge. Fried. von Martens Versuch einer historischen Entwickelung des wahren Ursprungs des Wechselrechts. Göttingen 1797.

des strengen Wechselrechts in dem Privilegium der Meßschulden zu suchen sey. Denn es ist erwiesen, daß die Meßwechsel die ersten gewesen, auf welche das, was man strenge Wechselexecution nennt, verfügt worden ist. Der Gang dieser Begebenheit war sehr natürlich. Seitdem der Handel in Europa vorzüglich durch die Kreuzzüge einen höhern Schwung und mehr Beträchtlichkeit erhalten hatte, fühlte man nunmehr, wie nothwendig die Anlegung der Messen sey, um dadurch die Schließung kaufmännischer Geschäfte zu erleichtern, desto lebhafter, je mehr man sich durch die Erfahrung überzeugt hatte, daß es mit gar zu vielen Schwierigkeiten verknüpft sey, den Handel von Hause aus durch Correspondenz zu führen. Unter den mancherley Privilegien, wodurch man Messen vor bloßen Jahrmärkten auszeichnete, war allerdings eines der zweckmäßigsten, die Bestimmung, daß in Streitsachen, welche aus Meßcontracten entstanden sind, mit Uebergehung aller proceßualischen Förmlichkeiten die schleunigste Rechtshülfe statt haben solle. Es lag dieses auch schon in sofern in der Natur der Sache, als Fremde hier nur auf eine kurze Zeit beysammen waren, und daher derjenige, welcher an den festgesetzten Zahltagen nicht die schuldige Zahlung leistete, nicht nur seinen Credit verlor, sondern auch, als der Flucht verdächtig, auf Anrufen des Klägers in persönlichen Arrest gezogen werden konnte [6]). Diese schleunige Rechtshülfe, welche anfangs ein gemeinschaftliches Vorrecht aller schriftlicher Meßcontracte gewesen zu seyn scheint, ward aber nachher bey den auf den Messen ausgestellten Wechsel-Assignationen

6) Die Belege wird man in des H. von Martens angef. Versuche §. 3. finden.

nen der Campsoren noch durch mehrere Gründe verstärkt. Je häufiger nämlich im Mittelalter die Veränderungen und Verfälschungen der Münzen waren, desto mannigfaltiger waren die Veranlassungen zur Verwechselung derselben, desto nothwendiger war es aber auch, selbst für den Staat, zuverläßige Leute zu haben, durch welche die Münzen ausgewechselt würden, damit das unwissende Volk nicht durch unmäßiges Aufgeld beym Verwechseln den Bedrückungen Anderer ausgesetzt seyn möchte. Solche Campsoren, wie man sie von diesem Wechselgeschäft nannte, wurden daher besonders verpflichtet, sie mußten überdem Caution leisten, und wurden angewiesen, ihre Bücher ordentlich zu führen; diesen Büchern sollte dagegen aber auch nach den frühern Gesetzen mehrerer italiänischen und französischen Handelsstädte des 14ten Jahrhunderts voller Glaube beygemessen werden [7]). Der Hauptsitz der Geschäfte dieser Campsoren war nun auf den, insonderheit in Italien und Frankreich, schon damals so häufigen Messen [8]). Hier machte nicht nur die Mannigfaltigkeit der zusammentreffenden fremden Münzen das Geschäft des sogenannten Hand- oder Kleinwechsels beträchtlicher, sondern es entstanden auch hier beym Handel die häufigsten und mannigfaltigsten Veranlassungen für kaufmännische Zahlungen und Anweisungen. Denn brachte der fremde Kauf-

7) Man sehe die Belege dazu in H. von Martens angef. Versuche §. 4.

8) S. das Verzeichniß bey BALDUCCI PEGOLOTTI Cap. 37. in der Della decima, e delle altre gravezze della mercatura de Fiorentini sino al secolo XVI. *Lisbona* a *Lucca* 1765. Tom. III. pag. 165.

Kaufmann Gelder mit, die er, der Umstände wegen, nicht vortheilhaft benutzen konnte, so sahe er sich veranlaßt, sie bey einem Campsor umzusetzen, und hatte er Gelder auf der Messe erhoben, so war es ihm entweder zu beschwerlich, oder bey der Unsicherheit der Wege zu bedenklich, selbige baar bey sich zu führen, oft konnte er auch nicht einmal die eingenommenen Münzsorten zu Hause gebrauchen. Er trug also seine Baarschaft hin zum Campsor, und ließ sich von diesem in der Münzsorte, die er brauchte, und für den Ort, oder Messe, wo er das Geld nöthig hatte, eine schriftliche Anweisung geben. Eine solche Anweisung, die übrigens, wie eine jede andere Assignation einen Auftrag an einen Dritten enthielt, eine Summe Geldes zu bezahlen, welcher übrigens von diesem acceptirt oder abgelehnt werden konnte, erhielt den Namen *lettera di cambio*. Nun waren zwey Fälle möglich.

I. Die von einem Campsor auf der Messe ausgestellte Wechsel-Assignation (lettera di cambio) wurde von dem Dritten, an den der Auftrag gerichtet war, den man den Trassaten nannte, nicht acceptirt. Hier traten nun folgende Gründe ein, aus welchen der Aussteller ohne alle Frist, und bey Vermeidung des Gefängnisses zur Zahlung angestrengt werden konnte.

1) Abgesehen davon, daß die Schuld aus einem Meßcontract herrührte, und also ohnehin schon mit dem Vorrecht schleuniger Rechtshülfe versehen war, so war es eine von einem Campsor gegebene Assignation, dessen Geschäfte mehr noch, als die eines andern Kaufmanns, eine pünctliche Zahlung zur Erhaltung seines Credits unentbehrlich machten, indem er für Fallit würde gehalten seyn, wenn

er

er am Zahltage auf der Messe nicht gezahlt hätte, ja selbst für die pünctliche Erfüllung seiner Verbindlichkeiten hatte Caution leisten müssen, und dessen Scheine den instrumentis publicis gleichgeachtet werden sollten [9]). Sodann aber deutete

2) schon selbst das Wort *di cambio*, welches als ein wesentliches Stück einer solchen Handschrift angesehen wurde, an, daß die Schuld durch einen Wechsel, oder Geldverwechselung (*change*, nicht échange) veranlaßt worden sey, wobey das Geld schon zum voraus vom Campsor erhoben war, wenn auch nicht das ausdrücklich hinzugesetzte Bekenntniß der Valuta dieß noch mehr bestätiget hätte. Dieser baare Empfang der Valuta, gleichsam als Kaufpreis des Wechsels betrachtet, ließ dem Campsor gar keinen vernünftigen Grund zur Weigerung der Zahlung übrig, und es ist nicht zu läugnen, daß hierin ein sehr wichtiger Grund für die Strenge des Verfahrens bey Wechseln beruhe; obwohl freylich dieser Grund der baar gezahlten Valuta nicht für sich allein als die befriedigende Ursach des Ursprungs des strengen Wechselrechts, auch nicht als der nächste und unmittelbare Grund desselben, wie Herr Professor Büsch [10]) meint, angesehen werden könne; indem dieser vielmehr, wie Herr von Martens [11]) sehr gründlich gezeigt hat, in den Vorrechten der

9) S. das Statut von Piacenza vom Jahr 1391. bey Martens im Anhange S. 18. und das Statut von Bologna 1454. Ebendaselbst im Anhange S. 57.

10) Abhandlung von dem Ursprunge des Wechselrechts, in Büsch und Ebelings Handlungsbibliothek 1. B. 3. St. S. 377.

11) In dem angeführten Versuche einer hist. Entwicklung des wahren Ursprungs des Wechselrechts, §. 10.

der Messen zu suchen ist. Diese Behauptung stimmt nicht nur mit dem ganzen Gange, den der Handel in Italien, Frankreich und Spanien seit dem zwölften Jahrhundert nahm, überein, sondern sie wird auch dadurch unterstützt, daß in den frühesten Urkunden, welche von wahren Wechseln handeln, dieses Geschäft mehrentheils als ein solches angesehen worden ist, welches von Messe zu Messe (di fiera in fiera, de foire en foire) getrieben wird. Daher kommen die Meßwechsel unter dem Nahmen cambia *regularia* vor, dahingegen Auſſer-Meßwechsel cambia *irregularia* genannt werden.

II. Der Trassat hatte den auf ihn gezogenen Wechsel oder Anweisung des Campsors acceptirt, aber zur gesetzten Zeit keine Zahlung geleistet. Hier konnte nun zwar die baare Valuta kein Entscheidungsgrund seyn, um gegen ihn mit eben der Strenge zu verfahren, welche im Falle der nicht erfolgten Acceptation gegen den Ausſteller dieser Anweisung Statt gefunden hätte. Allein sobald man annimmt, daß das strenge Wechselrecht zuerst bey Meßwechseln eingetreten, und die mehresten Wechselgeschäfte anfangs von Messe zu Messe getrieben worden, so kann man sich daraus ohne Schwierigkeit die Ursache des strengen Wechselrechts gegen den Trassaten erklären, der nach erfolgter Acceptation keine Zahlung leistete. Denn unstreitig hatte der Trassat durch die Acceptation des Wechsels eine Meßschuld contrahirt, es war daher nun ganz in der Ordnung, daß er durch ein mandement de foire in Verhaft genommen werden konnte, wenn er mit der Zahlung zögerte. War er, wie auch wohl anfangs mehrentheils der Fall gewesen seyn mag, selbst ein Campsor, so

ent-

entstand hieraus ein neuer Grund, ihn mit der Strenge zu behandeln, die, nach der Beschaffenheit der Campsoren, gegen sie angewendet zu werden pflegte [12]).

Man kann also, wenn die Frage entsteht, wenn eher die strenge Personalexekution bey den Wechseln entstanden sey, den Satz als historisch richtig annehmen, sobald es auf Messen aufkam, daß Campsoren gegen den Empfang der Valuta Gelder in andern Münzsorten an dritten Orten schriftlich anwiesen, gab es auch in Hinsicht der strengen Execution ein Wechselrecht, und die Execution war dabey gerade das, was aus den angeführten Gründen damals am wenigsten Zweifel und Schwierigkeiten hatte. Es läßt sich indessen das Alter des Wechselrechts nicht wohl über die zweyte Hälfte des zwölften Jahrhunderts hinaussetzen. Denn vor dieser Zeit gab es wohl an wenig Orten öffentliche Campsoren, auch war wohl des Geldverkehrs noch zu wenig, um daraus allein einen eignen Nahrungszweig zu bilden, und bis ins zwölfte Jahrhundert war auch die Schließung brieflicher Contracte, die doch unsere Wechsel wesentlich voraussetzen, unter Kaufleuten noch sehr selten [13]). Auf den Champagner Messen, welche im 12. Jahrhundert gestiftet wurden, und im dreyzehnten ihren höchsten Flor erreicht hatten, wurden schon eigentliche Wechselgeschäfte geschlossen, und auch für diese fand Wechselexecution statt. Dennoch ist Italien wohl unstreitig als das Vaterland der Wechsel anzusehen. Denn die Italiener und insbesondere die Florentiner, waren es, welche theils auf ihren Reisen, theils bey ihrer Flucht und Nie-

der-

12) S. von Martens Versuch §. 11.

13) S. von Martens §. 12.

gelehrten [1]) wollen hier die ersten Spuren des heutigen Wechselgeschäfts gefunden haben; allein daß jener Geldwechsel der Römer von dem heutigen Wechselgeschäft in Form und Wirkung ganz verschieden gewesen sey, hat schon Heineccius [2]) sehr richtig bemerkt. Der Ursprung der heutigen Wechsel kann also keineswegs von den Römern hergeleitet werden [3]). Es ist auch der Wechselcontract ein eigener Contract, welcher zu keinem der römischen Contracte gerechnet werden kann [4]). Er hat das Eigene, daß er nur schriftlich errichtet werden kann, und sein Wesen besteht darin, daß man sich durch Ausstellung oder Annahme einer das Wort Wechsel in sich enthaltenden Schrift verbindlich

und *Herm.* HUBERT Disp. de argentariis Veterum Diss. I. *Traj. ad Rhen.* 1739. §. 4. sqq. und Disp. II. *Ibidem* 1740. §. 2. et 3. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertation. iurid. in academ. Belgicis habitar.* Vol. II. T. I. Nr. 1. et 2.)

1) S. *Ulr.* HUBER Praelect. iur. civ. in Pand. Lib. XVII. Tit. 1. §. 12. *Ge. Henr.* AYRER Diatribe de cambialis instituti vestigiis apud Romanos. in BESEKE Thes. iur. camb. P. I. Nr. III. p. 56. sqq.

2) Diss. de vitiis negotiationis collybisticae vel cambialis. Cap. I. §. 3. in *Opusc.* pag. 457. und Desselben Elem. iuris cambial. Cap. I. §. 7.

3) *Christ. Gottl.* RICCII Exercit. iur. cambial. I. Sect. I. de historia iuris cambialis. §. 1.

4) SCHILTER Prax. iur. Rom. Ex. XXXII. §. 10. HEINECCIUS cit. Diss. Cap. I. §. 12—16. RICCIUS Exercit. iuris cambial. II. de contractu cambiali. *Goett.* 1779. Paul Pezold Recht des Wechselcontracts. Leipzig 1810. und Joseph von Bosse der Wechselcontract nach seiner historischen, teleologischen und philosophischen Ansicht. Prag 1812.

bindlich macht, eine Summe Geldes bey Vermeidung der schleunigsten Execution zur bestimmten Zeit zu bezahlen. Das heutige Wort Wechsel oder *Cambium* bezeichnet nun bald diesen Contract, bald den Wechselbrief, worin Jemand einem Andern eine gewisse prompte Zahlung verspricht, und zwar entweder so, daß er sich selbst zur Bezahlung einer gewissen Summe gegen den Gläubiger verbindlich macht, welches ein eigener oder trockener Wechsel, (*cambium proprium* s. *siccum*) genennet wird; oder so, daß einem Dritten darin der Auftrag gegeben wird, dem Vorzeiger des Wechsels eine gewisse Summe zur bestimmten Zeit zu bezahlen, welches ein trassirter Wechsel oder schlechthin eine Tratte (*cambium trassatum*) genennet wird. Das trassirte Wechselgeschäft ist das eigentliche ursprüngliche Wechselgeschäft, welches zu dem ganzen Ursprunge des strengen Wechselrechts die Gelegenheit gegeben hat. Fragt man aber wo, wann und warum es zuerst eingeführt worden, daß wenn aus einer Handschrift, welche das Wort Wechsel enthält, gegen den Aussteller, oder Acceptanten geklagt wird, dieser mit Verwerfung aller, wenigstens nicht auf der Stelle erweißlichen, Einreden sofort zahlen, oder sich den persönlichen Arrest gefallen lassen müsse? so ist es wohl nach den historischen Untersuchungen, welche Herr von Martens [5]) diesem Gegenstande gewidmet hat, keinem weitern Zweifel unterworfen, daß die Handels- und Geldgeschäfte auf den Messen die Veranlassung dazu gegeben, und der erste Grund

5) Ge. Fried. von Martens Versuch einer historischen Entwickelung des wahren Ursprungs des Wechselrechts. Göttingen 1797.

des strengen Wechselrechts in dem Privilegium der Meßschulden zu suchen sey. Denn es ist erwiesen, daß die Meßwechsel die ersten gewesen, auf welche das, was man strenge Wechselexecution nennt, verfügt worden ist. Der Gang dieser Begebenheit war sehr natürlich. Seitdem der Handel in Europa vorzüglich durch die Kreuzzüge einen höhern Schwung und mehr Beträchtlichkeit erhalten hatte, fühlte man nunmehr, wie nothwendig die Anlegung der Messen sey, um dadurch die Schließung kaufmännischer Geschäfte zu erleichtern, desto lebhafter, je mehr man sich durch die Erfahrung überzeugt hatte, daß es mit gar zu vielen Schwierigkeiten verknüpft sey, den Handel von Hause aus durch Correspondenz zu führen. Unter den mancherley Privilegien, wodurch man Messen vor bloßen Jahrmärkten auszeichnete, war allerdings eines der zweckmäßigsten, die Bestimmung, daß in Streitsachen, welche aus Meßcontracten entstanden sind, mit Uebergehung aller proceßualischen Förmlichkeiten die schleunigste Rechtshülfe statt haben solle. Es lag dieses auch schon in sofern in der Natur der Sache, als Fremde hier nur auf eine kurze Zeit beysammen waren, und daher derjenige, welcher an den festgesetzten Zahltagen nicht die schuldige Zahlung leistete, nicht nur seinen Credit verlor, sondern auch, als der Flucht verdächtig, auf Anrufen des Klägers in persönlichen Arrest gezogen werden konnte [6]). Diese schleunige Rechtshülfe, welche anfangs ein gemeinschaftliches Vorrecht aller schriftlicher Meßcontracte gewesen zu seyn scheint, ward aber nachher bey den auf den Messen ausgestellten Wechsel-Assignationen

6) Die Belege wird man in des H. von Martens angef. Versuche §. 3. finden.

nen der Campsoren noch durch mehrere Gründe verstärkt. Je häufiger nämlich im Mittelalter die Veränderungen und Verfälschungen der Münzen waren, desto mannigfaltiger waren die Veranlassungen zur Verwechselung derselben, desto nothwendiger war es aber auch, selbst für den Staat, zuverläßige Leute zu haben, durch welche die Münzen ausgewechselt würden, damit das unwissende Volk nicht durch unmäßiges Aufgeld beym Verwechseln den Bedrückungen Anderer ausgesetzt seyn möchte. Solche Campsoren, wie man sie von diesem Wechselgeschäft nannte, wurden daher besonders verpflichtet, sie mußten überdem Caution leisten, und wurden angewiesen, ihre Bücher ordentlich zu führen; diesen Büchern sollte dagegen aber auch nach den frühern Gesetzen mehrerer italiänischen und französischen Handelsstädte des 14ten Jahrhunderts voller Glaube beygemessen werden [7]). Der Hauptsitz der Geschäfte dieser Campsoren war nun auf den, insonderheit in Italien und Frankreich, schon damals so häufigen Messen [8]). Hier machte nicht nur die Mannigfaltigkeit der zusammentreffenden fremden Münzen das Geschäft des sogenannten Hand- oder Kleinwechsels beträchtlicher, sondern es entstanden auch hier beym Handel die häufigsten und mannigfaltigsten Veranlassungen für kaufmännische Zahlungen und Anweisungen. Denn brachte der fremde Kauf-

7) Man sehe die Belege dazu in H. von Martens angef. Versuche §. 4.

8) S. das Verzeichniß bey BALDUCCI PEGOLOTTI Cap. 37. in der Della decima, e delle altre gravezze della mercatura de Fiorentini sino al secolo XVI. *Lisbona* a *Lucca* 1765. Tom. III. pag. 165.

Kaufmann Gelder mit, die er, der Umstände wegen, nicht vortheilhaft benutzen konnte, so sahe er sich veranlaßt, sie bey einem Campsor umzusetzen, und hatte er Gelder auf der Messe erhoben, so war es ihm entweder zu beschwerlich, oder bey der Unsicherheit der Wege zu bedenklich, selbige baar bey sich zu führen, oft konnte er auch nicht einmal die eingenommenen Münzsorten zu Hause gebrauchen. Er trug also seine Baarschaft hin zum Campsor, und ließ sich von diesem in der Münzsorte, die er brauchte, und für den Ort, oder Messe, wo er das Geld nöthig hatte, eine schriftliche Anweisung geben. Eine solche Anweisung, die übrigens, wie eine jede andere Assignation einen Auftrag an einen Dritten enthielt, eine Summe Geldes zu bezahlen, welcher übrigens von diesem acceptirt oder abgelehnt werden konnte, erhielt den Namen *lettera di cambio*. Nun waren zwey Fälle möglich.

I. Die von einem Campsor auf der Messe ausgestellte Wechsel-Assignation (lettera di cambio) wurde von dem Dritten, an den der Auftrag gerichtet war, den man den Trassaten nannte, nicht acceptirt. Hier traten nun folgende Gründe ein, aus welchen der Aussteller ohne alle Frist, und bey Vermeidung des Gefängnisses zur Zahlung angestrengt werden konnte.

1) Abgesehen davon, daß die Schuld aus einem Meßcontract herrührte, und also ohnehin schon mit dem Vorrecht schleuniger Rechtshülfe versehen war, so war es eine von einem Campsor gegebene Assignation, dessen Geschäfte mehr noch, als die eines andern Kaufmanns, eine pünctliche Zahlung zur Erhaltung seines Credits unentbehrlich machten, indem er für Fallit würde gehalten seyn, wenn

er

er am Zahltage auf der Messe nicht gezahlt hätte, ja selbst für die pünctliche Erfüllung seiner Verbindlichkeiten hatte Caution leisten müssen, und dessen Scheine den instrumentis publicis gleichgeachtet werden sollten [9]). Sodann aber deutete

2) schon selbst das Wort *di cambio*, welches als ein wesentliches Stück einer solchen Handschrift angesehen wurde, an, daß die Schuld durch einen Wechsel, oder Geldverwechselung (*change*, nicht échange) veranlaßt worden sey, wobey das Geld schon zum voraus vom Campsor erhoben war, wenn auch nicht das ausdrücklich hinzugesetzte Bekenntniß der Valuta dieß noch mehr bestätiget hätte. Dieser baare Empfang der Valuta, gleichsam als Kaufpreis des Wechsels betrachtet, ließ dem Campsor gar keinen vernünftigen Grund zur Weigerung der Zahlung übrig, und es ist nicht zu läugnen, daß hierin ein sehr wichtiger Grund für die Strenge des Verfahrens bey Wechseln beruhe; obwohl freylich dieser Grund der baar gezahlten Valuta nicht für sich allein als die befriedigende Ursach des Ursprungs des strengen Wechselrechts, auch nicht als der nächste und unmittelbare Grund desselben, wie Herr Professor **Büsch** [10]) meint, angesehen werden könne; indem dieser vielmehr, wie Herr von **Martens** [11]) sehr gründlich gezeigt hat, in den Vorrechten der

9) S. das Statut von Piacenza vom Jahr 1391. bey Martens im Anhange S. 18. und das Statut von Bologna 1454. Ebendaselbst im Anhange S. 57.

10) Abhandlung von dem Ursprunge des Wechselrechts, in Büsch und Ebelings Handlungsbibliothek 1. B. 3. St. S. 377.

11) In dem angeführten Versuche einer hist. Entwicklung des wahren Ursprungs des Wechselrechts §. 10.

der Messen zu suchen ist. Diese Behauptung stimmt nicht nur mit dem ganzen Gange, den der Handel in Italien, Frankreich und Spanien seit dem zwölften Jahrhundert nahm, überein, sondern sie wird auch dadurch unterstützt, daß in den frühesten Urkunden, welche von wahren Wechseln handeln, dieses Geschäft mehrentheils als ein solches angesehen worden ist, welches von Messe zu Messe (di fiera in fiera, de foire en foire) getrieben wird. Daher kommen die Meßwechsel unter dem Nahmen cambia *regularia* vor, dahingegen Ausser-Meßwechsel cambia *irregularia* genannt werden.

II. Der Trassat hatte den auf ihn gezogenen Wechsel oder Anweisung des Campsors acceptirt, aber zur gesetzten Zeit keine Zahlung geleistet. Hier konnte nun zwar die baare Valuta kein Entscheidungsgrund seyn, um gegen ihn mit eben der Strenge zu verfahren, welche im Falle der nicht erfolgten Acceptation gegen den Ausstellet dieser Anweisung Statt gefunden hätte. Allein sobald man annimmt, daß das strenge Wechselrecht zuerst bey Meßwechseln eingetreten, und die mehresten Wechselgeschäfte anfangs von Messe zu Messe getrieben worden, so kann man sich daraus ohne Schwierigkeit die Ursache des strengen Wechselrechts gegen den Trassaten erklären, der nach erfolgter Acceptation keine Zahlung leistete. Denn unstreitig hatte der Trassat durch die Acceptation des Wechsels eine Meßschuld contrahirt, es war daher nun ganz in der Ordnung, daß er durch ein mandement de foire in Verhaft genommen werden konnte, wenn er mit der Zahlung zögerte. War er, wie auch wohl anfangs mehrentheils der Fall gewesen seyn mag, selbst ein Campsor, so ent-

entstand hieraus ein neuer Grund, ihn mit der Strenge zu behandeln, die, nach der Beschaffenheit der Campsoren, gegen sie angewendet zu werden pflegte [12]).

Man kann also, wenn die Frage entsteht, wenn eher die strenge Personalexekution bey den Wechseln entstanden sey, den Satz als historisch richtig annehmen, sobald es auf Messen aufkam, daß Campsoren gegen den Empfang der Valuta Gelder in andern Münzsorten an dritten Orten schriftlich anwiesen, gab es auch in Hinsicht der strengen Execution ein Wechselrecht, und die Execution war dabey gerade das, was aus den angeführten Gründen damals am wenigsten Zweifel und Schwierigkeiten hatte. Es läßt sich indessen das Alter des Wechselrechts nicht wohl über die zweyte Hälfte des zwölften Jahrhunderts hinaussetzen. Denn vor dieser Zeit gab es wohl an wenig Orten öffentliche Campsoren, auch war wohl des Geldverkehrs noch zu wenig, um daraus allein einen eignen Nahrungszweig zu bilden, und bis ins zwölfte Jahrhundert war auch die Schließung brieflicher Contracte, die doch unsere Wechsel wesentlich voraussetzen, unter Kaufleuten noch sehr selten [13]). Auf den Champagner Messen, welche im 12. Jahrhundert gestiftet wurden, und im dreyzehnten ihren höchsten Flor erreicht hatten, wurden schon eigentliche Wechselgeschäfte geschlossen, und auch für diese fand Wechselexecution statt. Dennoch ist Italien wohl unstreitig als das Vaterland der Wechsel anzusehen. Denn die Italiener und insbesondere die Florentiner, waren es, welche theils auf ihren Reisen, theils bey ihrer Flucht und Nie-

der-

12) S. von Martens Versuch §. 11.

13) S. von Martens §. 12.

derlassung in fremden Landen im dreyzehnten Jahrhundert das meiste zum Entstehen und zur Ausbreitung dieses Geschäfts beytrugen.

Wenn nun gleich das Hauptgeschäft der Wechsel anfangs in den Händen der Campsoren gewesen zu seyn scheint; so läßt sich doch deswegen nicht behaupten, daß Wechselbriefe schlechterdings nicht anders, als von Messe zu Messe hätten gültig ausgestellet werden können. Denn wenn gleich die Meßwechsel die gewöhnlichsten waren, und daher regularia genannt wurden, so mußten doch noch immer Veranlassungen genug übrig bleiben, um Wechsel zumahl von der Messe aus, auf Orte, wo keine Messen waren, und auf Ausser-Meßzeiten auszustellen [14]). Schon im Anfang des vierzehnten Jahrhunderts kommen daher cambia a dato, a vista, und a uso, mithin Ausser-Meßwechsel, vor [15]). Doch scheint das strenge Wechselrecht für diese erst nach und nach, und durch Nachahmung der Messen, entstanden zu seyn, und natürlich früher an solchen Orten, wo nicht nur Campsoren waren, ohne welche überhaupt in jenen frühern Zeiten an keinem Orte Wechselrecht war, sondern auch wo die Kaufmannschaft am frühesten eine feste Verfassung und eine den Messen ähnliche Einrichtung, insonderheit ein eignes Handelsgericht erhielt. Wir müssen daher auch den Ursprung des Wechselrechts ausserhalb der Messen da suchen, wo die Meister in der Kunst

14) Der älteste bis jetzt bekannte Wechsel in heutiger Form, welcher auf uns gekommen ist, vom Jahr 1325. bey BALDUS Lib. I. Consil. 349. ist gerade ein Ausser-Meßwechsel. S. Herrn von Martens Versuch §. 15. Not. o. S. 49.

15) H. von Martens Versuch a. a. O. S. 48.

Kunst des Handels das Verfahren in Handelssachen vorschreiben konnten, also in Italien, und an den Orten ausserhalb Italiens, wo den Lombarden durch Privilegien das Recht, sich durch ihre eigenen Handels-Richter oder Consuln nach ihren Statuten richten zu lassen, eingeräumt wurde [16]). Aber auch in Italien selbst, wo der benachbarten Handelsplätze so viele waren, scheint das Wechselrecht ausser den Messen früher in Florenz, als anderswo, entstanden zu seyn, weil die Florentiner schon zu Anfang des dreyzehnten Jahrhunderts eine feste kaufmännische Verfassung hatten [17]), und das Wechselgeschäft ihre Hauptsache war, auch schon im Jahr 1259. die Kunst der Geldwechselung (ars cambii) in ein Corpus gesammlet haben, und schon in ihren Statuten vom Jahr 1299. sich Verordnungen finden, welche beweisen, daß das Wechselwesen hier regelmäßig und nach bestimmten Vorschriften geführt wurde; sie waren mithin wenigstens am mehresten mit dem Geschäft bekannt, dessen nothwendiger Gefährte eine schleunige

16) So ertheilte z. B. der König von Frankreich den Lombarden 1264. und 1278. dergleichen Privilegien, nach welchen sie unter andern auch in Nimes ihren Capitaneus und ihren Consules haben durften. S. DU CANGE Glossar. voc. *Longobardi*. Eben ein solches Privilegium hatte auch Conrad II. König von Sicilien im Jahr 1268. den Pisanern ertheilt. F. DEL BORGO Diplom. Pisan. p. 201. Mehrere Beyspiele von solchen Privilegien führt H. von Martens in dem Versuche S. 53. ff. an.

17) So werden schon in dem Frieden von 1204. zwischen den Florentinern und Siena Consoli dell' arte del cambio für die ersteren erwähnt. S. Della Decima T. II. pag. 135.

nige Justiz war. Die Gründe für die Einführung der Wechselstrenge bey den Aussermeßwechseln waren theils die allgemeinen, sofern es auch hier die Campsoren und zumal die Lombarden waren, die einen Wechsel ausgestellt, oder acceptirt hatten; theils die Erhaltung des Handelscredits unter Kaufleuten, theils der Umstand, daß man auch hier die Valuta für baar bezahlt, mithin die Schuld für völlig liquid hielt. Selbst bey liquiden Waaren Schulden sollte daher nach den Statuten mehrerer Handelsstädte mit Personal-Arrest verfahren werden, zumal wenn der Contract vor dem Handelsgericht eingeschrieben war [18]). Diese Erweiterung der Wechselgeschäfte veranlaßte nun auch freylich viel Wechselfragen, welche sich nicht immer durch das bloße Uso entscheiden ließen. Hier mußte also die Gesetzgebung ins Mittel treten, und diese Puncte bestimmen. Lange Zeit hielt man die Venetianische Verordnung vom J. 1357. für die erste Wechselordnung. Allein sie ist nichts weniger, als ein Wechselgesetz; sie sollte blos den wucherlichen Contracten der Campsoren Gränzen setzen [19]). Das älteste eigentliche Wechselgesetz, das man hat auffinden können, ist vielmehr die Verordnung des Magistrats zu Barcelona von 1394. Vollständige Wechselordnungen gab es indessen vor dem 16. Jahrhundert nicht. Desto beträchtlicher mehrten sich die Wechselgesetze in diesem Jahrhundert [20]). Die vollständigsten und am mehrsten in dem Geiste

18) Mehrere Beyspiele von Venedig, Verona und Bergamo führt Herr von Martens §. 16. S. 58. an.

19) Herr von Martens hat sie in seinem Versuche S. 20. des Anhangs abdrucken lassen.

20) Einzelne Wechselgesetze für Spanien, Mayland, Venedig, Bergamo, Neapel, Bologna und Genua finden

Geiste unsers Wechselrechts abgefaßten Bestimmungen finden sich jedoch in den Genueser Statuten von 1589. Der Anfang des 17ten und die andere Hälfte des 18ten Jahrhunderts waren indessen wohl die wichtigsten Epochen für die Wechsel-Legislation. Herr Prof. Beseke [21]) hat ein Verzeichniß derselben, aber eine vollständige Sammlung der Wechselgesetze aller Länder und Handelsplätze in Europa selbst hat nach alphabetischer Ordnung der K. K. Rath Johann Michael von Zimmerl in 3 Bänden Wien 1809. und 1813. 4. geliefert.

§. 1072.

Form der heutigen Wechsel. Wirkung der Wechsel-Clausel.

Die allgemeinen Bestandtheile eines förmlichen Wechsels sind 1) ein schriftlicher Aufsatz, 2) das Wort Wechsel, und 3) die Erfordernisse einer liquiden Schuldurkunde [22]). Ist nun a) der Wechsel ein eigener, wodurch der Aussteller sich selbst zur Bezahlung einer gewissen Summe verbindlich macht, so muß derselbe 1) das Versprechen der zu leistenden Zahlung, 2) den Namen des Gläubigers, 3) die Angabe der zu bezahlenden Summe, 4) die Zahlungszeit, und 5) die Unterschrift des Schuldners enthalten. Das Bekenntniß der Valuta, das heißt, daß dem Aussteller das Geld von dem Gläubiger wirklich gezahlt worden sey, ist nur dann als ein wesentliches Stück

findet man bey H. von Martens im Anhange seines Versuchs.

21) Thesaur. iuris cambialis P. II. pag. 1288—1291.

22) *Christ. Gottl.* RICCII Exercit. iur. camb. III. de litteris cambialibus *Goett.* 1749.

Stück zu betrachten, wenn es die Wechselordnung des Orts, wo der Wechsel ausgestellet wird, als ein nothwendiges Erforderniß zur Begründung der Wechselverbindlichkeit vorschreibt[23]). Jedoch ist das Bekenntniß der empfangenen Valuta jederzeit räthlich. Gewöhnlich ist zwar auch eine Ueberschrift, welche den Ort und die Zeit der Ausstellung nebst der Wechselsumme enthält. Sie ist aber eben so wenig nothwendig, als die unter dem Wechsel stehende Addresse an mich selbst in Leipzig oder wo ich sonst anzutreffen[24]). b) Ein trassirter Wechsel[25]) hingegen muß enthalten, 1) die Bestimmung der Zahlungszeit, 2) die Bemerkung, ob es ein Sola- Prima- oder Secunda-Wechsel sey; 3) Ertheilung des Auftrags an den Trassaten; 4) den Namen dessen, dem, oder auf dessen Ordre, die Zahlung geleistet werden soll; 5) das Bekenntniß der erhaltenen Valuta; 6) die Unterschrift des Trassanten, und 7) die Benennung des Trassaten, welche zu Ende des Wechsels linker Hand, der Unterschrift des Trassanten gegen über, hinzugefügt zu werden pflegt. Ehemals stand der Name des Trassaten nicht unter dem Wechsel, sondern, wie die Aufschrift eines Briefs, auf dem Rücken des Wechsels, wie sich dieß nicht nur bey dem ältesten Wechselformular vom Jahr 1325, welches uns

23) *Io. Christ.* FRANCK Institut. iur. cambial. Lib. I. Sect. I. Tit. 8. §. 9. Püttmann's Grundsätze des Wechselrechts §. 13. RICCIUS cit. Ex. §. 68. et 84.

24) RICCII Exercit. iur. camb. IV. de cambiis propriis. *Goett.* 1779.

25) RICCII Exercit. iur. camb. X. de cambiis trassatis vel indossatis. *Goett.* 1781.

uns Baldus aufbewahrt hat, sondern auch bey so vielen der Wechselformulare findet, welche Scaccia[26]), ein Schriftsteller aus dem Anfange des siebenzehnten Jahrhunderts, liefert. Diese Sitte dauerte so lange, bis der Gebrauch der Indossamente allgemeiner wurde, für welche nun der Rücken des Wechsels freygelassen werden mußte[27]). Nur zu den ausserwesentlichen Bestandtheilen eines trassirten Wechsels gehört 1) die Ueberschrift, worin der Ort und die Zeit, wenn und wo der Wechsel ausgestellt worden ist, desgleichen die Summe und die Münzsorten, worin derselbe zu bezahlen ist, angezeigt worden. 2) Der Vorschlag zur Wiederbezahlung. Denn schon die Zusage künftig Zahlung leisten zu wollen, ist hinreichend[28]).

Bey einem trassirten Wechselbriefe kommen also eigentlich vier Personen vor. 1) Der Remittent, welcher sich den Wechsel ausstellen läßt, und dafür eine gewisse Summe zahlt, welche *Valuta*, der Werth des Wechsels, genennet wird. Im Deutschen wird er der Wechselnehmer, oder Empfänger des Briefs, Herr und Inhaber des Wechsels genennt. Die Benennung kommt von dem Wort *remittere* her, welches, wie es Riccius[29]) erklärt, hier soviel heißt, als mandare, ut alter pecuniam ipsi solutam alibi vicissim exsolvat, vel exsolvi

26) De commerciis et cambiis.

27) S. von Martens Versuch einer hist. Entwick. des wahren Ursprungs des Wechselrechts. §. 18. S. 65.

28) S. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts 2. B. §. 233.

29) Exercitat. iur. camb. X. de cambiis trassatis. §. 5. not. (*)

solvi procuret. Daher wird auch das Geld, das ein Kaufmann des einen Orts an den Kaufmann eines andern Orts schickt, *Remissa* oder *Remesse*, *Rimessa*, ja die trassirten Wechselbriefe selbst werden *Remessen* genennt [30]). 2) Der Trassant, welcher die Valuta oder das Geld empfängt, und den Wechsel dagegen ausstellt, wodurch er sich verbindlich macht, das Geld an einem dritten Orte wieder bezahlen zu lassen; von *trassare*, Etwas von einem Ort auf einen andern ziehen. Er heißt daher auch *Tractans*, oder *Trahens*, der Zieher, ferner *Dator litterarum cambialium*, der Ausgeber des Wechselbriefs, der Wechselgelder-Nehmer. Ferner *Campsor*, *Cambist*, *Collybista*. Dieser ist nun der eigentliche Wechselschuldner. Von diesem wird auch die Wechselsumme, so wie der Wechselbrief, *Trassa* oder *Tratta* genennt. 3) Der Präsentant, oder *Campsarius*, welcher das Geld an dem bestimmten Orte auf den Wechsel erheben will, er erhält diesen Namen, weil er den Wechsel demjenigen vorzeigen muß, von welchem er die Bezahlung des Wechsels fordert. Dieser ist entweder der Remittent selbst, oder ein anderer, welcher dann blos der Briefinhaber genennet wird. 4) Der Trassat, auf welchen die Anweisung wegen Auszahlung des Geldes gegeben worden ist. Erklärt er sich zur Zahlung bereit, so wird er Acceptant genennt. Dieser kann auch der Trassant selbst seyn, wenn er den Wechsel an dem dritten Orte durch seinen Factor zu bezahlen verspricht. Kommen bey einem trassirten Wechsel nicht alle vier Personen, sondern nur drey

30) *Raph. de* TURRI de cambiis Disputat. I. Qu. I. Nr. 35. et 36.

drey oder zwey Hauptpersonen vor, so werden solche Wechsel contirte oder calculirte Wechsel[31]) genennt.

Wird einer Schuldverschreibung, welche die Form eines Wechsels nicht hat, sie sey über ein Darlehn, oder über einen Kauf u. dgl. ausgestellt, die Clausel eingerückt, vermöge welcher der Schuldner verspricht, die schuldige Summe nach Wechselrecht zu bezahlen; so nennt man eine solche mit der Wechselclausel versehene Schuldurkunde einen materiellen Wechsel. Eine solche Verschreibung nach Wechselrecht hat in der Regel die Wirkung, daß daraus eben sowohl, als aus einem förmlichen Wechsel, mit Arretirung des Schuldners verfahren werden kann[32]), wofern ihr nicht die Wechselordnung eines Landes diese Wirkung abspricht[33]). Es ist jedoch rathsam, dem Schuldner sich

31) S. Phil. Carl Scherer Handbuch des Wechselrechts. 1. Th. S. 471. ff.

32) *Io. Flor.* RIVINI Diss. de clausula cambiali. *Lipsiae* 1725. (in BESEKE *Thes. iuris cambial.* P. I. Nr. XIII. p. 275. sqq.) *Christ. Gottl.* RICCII Exercit. iur. camb. II. de contractu cambiali. §. 39—46. Püttmann Grundsätze des Wechselrechts §. 59. Phil. Carl Scherer Rechtsfälle in Wechselsachen Nr. XLVIII. S. 258. ff. u. Desselben Handbuch des Wechselrechts 3. Th. Art. Wechselbrief. §. 54. S. 319.

33) Beyspiele geben die Preuß. Wechselordnung vom J. 1724. §. 39. (in Hrn. v. Zimmerl vollst. Sammlung der Wechselgesetze 2. B. 2. Abh. S. 209.) das allgem. Landrecht für die Preuß. Staaten 2. Th. Tit. 8. §. 1182. Ferner die Bremische Wechselordn. Art. 61. bey Zimmerl 1. B. 2. Abth. S. 188. Auch die Elbingsche W. O. Kap. 16. §. 68. bey Zimmerl S. 299. Die Altenburger W. O.

sich der Einreden des nicht gezahlten Geldes, oder des nicht erfüllten Contracts begeben zu lassen. Denn wenn gleich mehrere Rechtsgelehrten [34]) diese Einreden nach der Strenge des Wechselrechts anders nicht zulassen, als wenn sie sogleich erwiesen werden können; so sind doch auch viele anderer Meinung, welche dem Kläger diesen Beweis aufbürden [35]).

§. 1073.
Wechselproceß.

Die Art des gerichtlichen Verfahrens in Wechselsachen, welche man den Wechselprozeß nennt [36]), kommt zwar mit dem Executiv-Prozeß darin überein, daß der Richter dem Beklagten aufgiebt, sich über die bey der Klage zum Grunde liegende Urkunde in dem dazu anberaumten Termine ohne Weiters zu erklären, und daß keine anderen

Kap. 1. §. 4. bey Zimmerl 1. B. 1. Abth. S. 8. spricht bey Bilateral-Contracten der Wechselclausel nur dann den Effect ab, wenn nicht der exceptioni non adimpleti contractus entsagt worden ist.

34) S. RIVINUS cit. Diss. §. 5—8. RICCIUS cit. Exercit. iur. camb. II. §. 42. et 43.

35) BOEHMER Consultat. et Decis. T. III. Cons. 753. nr. 4. LUDOLF Obs. for. P. II. Obs. 179. Qu. 2. Püttmann Grundsätze des Wechselrechts §. 180. Not. a. Scherer a. a. O. S. 320.

36) *Christ. Gottl.* RICCII Exerc. iuris camb. XVII. de processu cambiali. *Goettingae* 1781. 4. Phil. Karl Scherer Wechselprozeß mit Rücksicht auf die meisten bekannten Wechselgesetze. Erlangen 1802-8. u. Desselben Rechtsfälle in Wechselsachen. Frankfurt am Main 1802. 8.

deren Einreden gegen die Klage Statt finden, als welche sofort liquid sind; er hat aber das Unterscheidende, daß der Beklagte, nach wirklich geschehener oder für geschehen angenommener Anerkennung des Wechsels, im Falle der Nichtzahlung, ohne Aufschub in Arrest gebracht werden kann. Der Beklagte muß also in dem zur Anerkennung des Wechsels anberaumten Termine nothwendig in Person erscheinen. Läßt der Kläger einen Anwalt zu, so artet der Wechselprozeß in den Executivproceß aus [37]). Es ist jedoch dieser strenge Wechselprozeß nicht gemeinen Rechts, sondern findet nur dann Statt, wenn ausdrückliche Gesetze, oder ein erwiesenes Herkommen ihn billigen. Wird daher an einem Orte aus einem Wechsel geklagt, wo der Wechselprozeß nicht eingeführt ist, so wird der Wechselbrief blos als eine guarentigirte Urkunde angesehen, welche zwar ein Executivverfahren, auch unbedingte Strafbefehle begründet [38]); allein daß der Richter nach der Wechselstrenge des Orts, wo der Wechsel ausgestellet worden, verfahre, kann der Kläger nicht verlangen, weil fremde Prozeßordnungen dem Richter nie zur Norm dienen [39]).

Gegen die Erben des Wechselschuldners kann auch nur executivisch auf die Bezahlung, nicht aber auf persönlichen Arrest geklagt werden, weil mit dem Tode des Wechselschuldners die Strenge des Wechselrechts erlöscht [40]).

37) Püttmann Grundsätze des Wechselrechts §. 170. Not. a.

38) Danz Grundsätze der summarischen Prozesse. §. 85. Note c S. 132. der Gönnerschen Ausgabe.

39) Danz angef. Grundsätze §. 86.

40) *Io. Christph.* FRANCK Institut. iuris cambial. Lib. II. Sect. VII. Tit. 21. §. 5. et 6. und *Vincent.* BAUMANN Diss. de

Es kann überdem den Erben das beneficium inventarii nicht abgesprochen werden[41]). Hätte aber der Erbe, auf vorhergegangene Präsentation den Wechsel acceptirt, so würde unstreitig der Personalarrest auch wider ihn Statt finden[42]); so wie auch ausserdem noch an den Orten, wo die Wechselordnungen die Wechselstrenge auch auf die Erben des Wechselschuldners ausdehnen[43]).

§. 1074.

Indoßirung der Wechsel.

Der Inhaber des Wechsels kann auch einem Andern das Recht übertragen, den Wechsel beyzutreiben. Dieß nennt man den Wechsel indoßiren[44]). Eigentlich indorsiren, denn das Wort kommt von dorsum her. *Indorsare*, gallice *endosser*, sagt Dü Fresne[45]), est char-

de obligatione heredis ex cambio defuncti debitoris. *Ultraj.* 1752. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertat. iurid. select. in academ. Belgic. habit.* Vol. I. Tom. II. Nr. XII. und in BESEKE *Thes. iuris cambial.* P. I. Nr. XLV. pag. 922. sqq.) Püttmann Grundſ. §. 62.

41) Danz angef. Grundſätze §. 89.

42) von Mosbamm Einleitung in das gemeine u. Baieriſche Wechſelrecht §. 70.

43) S. z. B. die Braunſchweiger W. O. Art. 4. und die Würtenbergiſche W. O. Hauptſt. 7. §. 9.

44) *Christ. Gottl.* RICCII Exercitat. iuris camb. VI. de indossatione cambiorum propriorum. *Goett.* 1780. 4. KLÜGEL Diss. de cessione seu indossamento cambiorum. *Vitemb.* 1770. *Io. Mich.* GRIES Diss. de indossatione litterarum cambialium. *Goettingae* 1795.

45) Glossar. ad scriptores mediae et infimae Latinitatis Voc. *Indorsare.*

chartae dorsum seu tergum, vel cujuscunque scripti partem aversam, aut exteriorem inscribere. Ein Indossament ist also eine kurze, dem Wechselbriefe, gewöhnlich auf der umgewandten Seite desselben, beygefügte schriftliche Erklärung, wodurch der Eigenthümer das Recht, den Wechsel zu erheben, auf einen Andern übertragen hat. Der Wechsel heißt nun ein indossirter oder transportirter Wechselbrief. Derjenige, welcher den Wechsel auf einen Andern überträgt, wird der Indossant, der Schuldner, welcher die indossirte Wechselschuld zu bezahlen hat, der Indossat, und derjenige, auf welchen der Wechsel übertragen worden ist, der Indossatar genannt. Durch das Indossament wird aber entweder das Eigenthum des Wechsels auf den Indossatar übertragen, oder es wird dem letztern nur der Auftrag ertheilt, die Wechselsumme im Namen des Indossanten zu erheben. Jenes wird ein eigentliches Indossament, oder *Indossamentum in giro* oder *per modum cessionis*, dieses aber ein *indossamentum in procura*, oder *per modum mandati* genennt[46]). Ersteres lautet gewöhnlich so: Inhalts dieses zahle Herr N. für mich an H. X. zu Frankfurt. Valuta von demselben baar erhalten. Erlangen den 1816. Nun folgt die Namens-Unterschrift des Indossanten. Letzteres wird folgendermassen abgefaßt: Inhalts dieses zahle Herr A. für mich an H. B. als welchen ich hier-

46) S. RICCII Exerc. de indossatione cambiorum per cessionem seu de indossamento in giro, und Desselben Exercit. de indossamento cambiorum in procura, seu per modum mandati, welche die Sect. II. et III. der Exercit. iuris camb. VI. ausmachen.

hierdurch bevollmächtige das Geld statt meiner zu erheben, oder es soll mir validiren, oder gute Zahlung seyn. Nun Datum und Namens Unterschrift. Vermöge des erstern wird der Indossatar Eigenthümer des Wechsels, und er kann die Wechselsumme entweder für sich einziehen, oder auch den Wechselbrief weiter indossiren. Man pflegt ein solches wiederholt geschehenes Indossament Giro zu nennen. Allein die Ausdrücke Indossament und Giro, so wie indossiren und giriren werden in den Wechselordnungen sehr oft als gleichviel bedeutend genommen[47]). Ein Indossament in procura macht hingegen den Indossatar blos zu einem Bevollmächtigten, er kann daher den Wechsel, ohne specielle Vollmacht des Indossanten, nicht weiter indoßiren, sondern muß, dem Auftrage gemäß, die Gelder einziehen, und solche dem Indossanten abliefern. Ist es zweifelhaft, ob ein eigentliches Indossament, oder ein bloßes Indossament in procura ausgestellet worden sey, so ist eher das letztere, als das erstere zu vermuthen[48]). Denn ausserdem, daß überhaupt eine Uebertragung des Eigenthums im Zweifel nicht vermuthet wird, und offenbar dem Indossatar obgelegen hätte, für die deutlichere Fassung des Indossaments zu sorgen, da gegen ihn nun billig auch die Auslegung zu machen ist; so ist ja aus dem Bekenntniß der Valuta zu beurtheilen, welche Art des Indossaments habe ausgestellet werden wollen[49]). Fehlt es

47) S. RICCII Exercit. iur. camb. VI. Sect. I. de indossatione litterar. cambialium §. 25.

48) S. Scherer Handbuch des Wechselrechts. 2. Th. Art. Indossament §. 5. S. 15. ff.

49) RICCII Exercit. iur. camb. VI. Sect. I. §. 4.

es nun daran, so kann man ja das Indoſſament nur für ein ſolches in procura halten [50]).

Da übrigens das auf dem Wechſel befindliche, vermittelſt einer wirklichen Abtretung geſchehene Indoſſement gewiſſermaßen als ein Wechſel anzuſehen iſt, ſo daß daraus wider den Indoſſanten eben ſo wohl, als aus dem Wechſel wider den Wechſelſchuldner, nach Wechſelrecht verfahren werden kann; ſo kommen hier dem Indoſſaten diejenigen Einreden nicht zu ſtatten, die ſonſt bey einer gemeinen Ceſſion dem Ceſſionar entgegengeſetzt werden können [51]).

50) FRANCK Institut. iur. cambial. Lib. I. Sect. II. Tit. 5. §. 23. Anderer Meinung iſt LEYSER Meditat. ad Pandect. Spec. CCII. medit. 1. Allein man ſehe MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. II. Obs. 421.

51) S. Püttmann Grundſätze des Wechſelrechts §. 25. und Scherer, Handbuch des Wechſelrechts 2. Th. Art. Indoſſament §. 4. b. S. 13. u. ff.

Lib. XIX. Tit. V.

De praescriptis verbis et in factum actionibus.

§. 1075.

Begriff von actio in factum, und ihren verschiedenen Arten. Unterschied zwischen actio in factum und actio ex facto, auch actio utilis.

Die in den vorhergehenden Titeln enthaltene Lehre von den ungenannten Contracten veranlaßte diesen Titel, in welchem von der daraus entspringenden Klagen gehandelt wird. Das Römische Recht unterscheidet nämlich, wie uns Papinian[52]) und Celsus[53]) lehren, in Rücksicht auf die Benennung zweyerley Arten von Klagen. 1) Solche, welche von jeher ihre bestimmte Formel hatten, und mit einem besondern Namen bezeichnet, öffentlich zu Jedermanns Gebrauche in der Römischen Gerichtsordnung bekannt gemacht waren. Diese hießen actiones *proditae, vulgares, usitatae, legitimae*[54]), auch *formulae* oder *actiones*[55]) im eigentlichen Sinn. Dieß sind die Klagen,

52) *L.* 1. *pr. D. h. t.*

53) *L.* 2. *D. eodem.*

54) *L.* 14. §. 3. *D. eodem.*

55) *L.* 21. *D. h. t.*

gen, von denen schon Pomponius[56]) erzählt: Deinde ex his legibus (sc. *duodecim tabularum*) eodem tempore fere, actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent, quas actiones, ne populus, prout vellet, instituerent, certas solennesque esse voluerunt: et appellatur haec pars iuris *legis actiones*, id est, legitimae actiones; und von welchen auch Cicero[57]) sagt: Sunt iura, *sunt formulae de omnibus rebus constitutae*, ne quis aut in genere iniuriae, aut ratione actionis errare possit. Expressae sunt enim ex uniuscuiusque damno, dolore, incommodo, calamitate, iniuria *publicae a Praetore formulae, ad quas privata lis accommodatur.*

2) Solche Klagen, für welche in der römischen Gerichtsordnung keine besondere Formel vorgeschrieben, auch kein besonderer Name hergebracht war, sondern bey welcher die Formel in vorkommenden Fällen immer nach der jedesmaligen Beschaffenheit der Sache einzurichten war. Diese heißen *actiones in factum.* Von diesen sagt nun Papinian *L.* 1. *pr. D. h. t.* Nonnunquam evenit, ut, *cessantibus iudiciis proditis* et *vulgaribus actionibus*, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas, quae *in factum* appellantur. D. h. zuweilen geschieht es, daß in einem vorkommenden Falle alle in der römischen Gerichtsordnung aufgeführten gemeinen Klagformeln nicht anwendbar sind; in einem solchen Falle muß die Formel nach der Beschaffenheit

56) *L.* 2. §. 6. *D. de orig. iuris.*

57) Orat. III. *pro Roscio* Cap. 8. *Barn.* BRISSONIUS de formulis pop. Rom. Lib. II. p. 385. sq.

heit deſſelben abgefaßt werden, und weil die Klage hier keinen eigenen Namen hat, ſo wird ſie *actio in factum* genennt. Ganz damit übereinſtimmend, ſchreibt Celſus *L.* 2. *D. eodem:* Nam, cum deficiant *vulgaria* atque *usitata actionum* nomina, *praescriptis verbis* agendum est: und Pomponius *L.* 11. *D. eodem* lehrt: Quia *actionum* non plenus numerus esset, ideo plerumque *actiones in factum* desiderantur. Hiermit iſt noch die Stelle Ulpian's zu verbinden, welcher *L.* 14. §. 3. *D. eodem.* ſagt: Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat, eamque ego immisso pecore depascam, ARISTO scribit, non sibi occurrere *legitimam actionem*, qua experiri possim: nam neque ex Lege duodecim tabularum de pastu pecoris, quia non in tuo pascitur, neque de pauperie, neque de damni iniuriae agi posse: *in factum* itaque erit agendum. Hieraus erklärt ſich denn auch die Conſtitution des Kaiſers Alexander *L.* 6. *Cod. de Transaction.* worin es heißt: aut enim stipulatio conventioni subdita est, et *ex stipulatu actio* competit, aut si omissa verborum obligatio est, utilis actio, *quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat*, danda est. Von derjenigen Art der actio in factum, welche den Beynamen *praescriptis verbis* führt, wird nachher die Rede ſeyn. Ueberhaupt bezeichnet alſo der Ausdruck *actio in factum*, wie Meiſter[58]) ganz richtig lehrt, actionem deficientibus iure proditis aliis actionibus

58) Diss. de in factum actionibus; in Selector. Opusculor. maxime ad ius civ. eiusq. histor. pertinent. Syll. I. Nr. VII. Cap. II. §. 29. in fin. pag. 371.

bus competentem, ipsamque rem gestam, ex qua propter aequitatem vel analogiam legum oritur, monstrantem. Diese Klagen waren nun theils *civiles*, theils *praetoriae*, weil sie theils durch die Interpretation, theils durch die Jurisdiction waren eingeführt worden [59]). Beyspiele der erstern Art führt **Papinian** in folgenden Stellen an.

L. 1. §. 1. *D. h. t.* Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit, an merces vehendas locaverit, *civilem actionem in factum* esse dandam, LABEO scribit [60]).

L. 1. §. 2. *D. eodem.* Item si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositum, neque commodatum erit: sed, non exhibita fide, *in factum civilis* subiicitur *actio.*

Ein Beyspiel von einer actio in factum *praetoria* giebt **Pomponius** *L.* 11. *D. h. t.* wo er sagt: Sed et eas actiones, quae Legibus proditae sunt, si Lex iusta ac necessaria sit, *supplet Praetor in eo, quod Legi deest.* Quod facit *in Lege Aquilia*, reddendo *actiones in factum accommodatas Legi Aquiliae*: idque utilitas eius Legis exigit [61]).

Zu der erstern Art der actiones in factum, nämlich civiles, gehören die *actiones praescriptis verbis.* Es werden darunter vorzüglich diejenigen Klagen verstanden, welche aus ungenannten Contracten entstehen. Celsus

59) *L. 13. D. de Legibus SCtusq, consult.*

60) S. den 14. Th. dieses Commentars §. 889. S. 227. ff.

61) S. den 10. Th. dieses Commentars §. 701. S. 335. ff. und *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L.

sits sagte nämlich in der bereits oben angeführten Stelle: Nam, cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, *praescriptis verbis agendum* est; und Julian setzt *L.* 3. *D. h. t.* zur Erläuterung hinzu: In quam necesse est confugere, quotiens *contractus* existunt, *quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt;* wobey Ulpian *L.* 4. *D. h. t.* noch die Bemerkung macht: Natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula, und Cajus erinnert *L.* 22. *D. eodem*, placet, quasi de novo negotio, *in factum* dandum esse *iudicium*, id est, *praescriptis verbis.* Nur muß freylich immer dabey ein Vertrag zum Grunde liegen, welcher mit irgend einem benannten Contract eine Aehnlichkeit hat, wie nicht nur Paulus in der bereits oben erklärten *L.* 5. *D. de praescriptis verbis* bey den einzelnen Arten der ungenannten Contracte ausführlich gezeigt hat, sondern auch aus den Beyspielen erhellet, welche Ulpian in *L.* 1. §. 9. *D. Depositi*, und *L.* 17. §. 2. *et* 3. *D. de praescr. verb.* aufstellet. Hat das Geschäft mit keinem der genannten Contracte eine Verwandschaft, so hat nicht die actio praescriptis verbis, sondern die actio de dolo, oder die actio in factum praetoria statt[62]). Daher werden die actiones in factum praescriptis verbis auch *actiones utiles* genennt, weil sie nach dem Beyspiele der Klagen sind eingeführt worden, welche aus genannten Contracten entspringen[63]). In einem andern Sinn theilt jedoch

62) POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. II. pag. 550.

63) *L.* 9. *Cod. de pact. L.* 6. *Cod. de Transact. Ios. Fern. de* RETES Opusculor. Lib. II. Sect. I. Cap. 8. nr. 1.

doch **Anton Faber**[64]) die actiones praescriptis verbis ein in *necessariae* und *utiles*, und nennt erstere diejenigen, welche in solchen Fällen anzustellen sind, wo sonst keine andere Klagen Statt finden, welches bey den ungenannten Contracten vorzüglich der Fall ist; unter den letztern hingegen versteht er diejenigen, welche zwar mit andern ordentlichen Klagen concurriren, aber im Zweifel am sichersten anzustellen sind. Dieß ist der Fall, wenn die Gesetze sagen, die ordentliche Klage habe zwar Statt, sed tutius esse, praescriptis verbis in factum agere, wovon **Ulpian** *L. 17. pr. D. h. t.* und **Afrikan** *L. 24. D. eod.* Beyspiele geben. Daß die actio praescriptis verbis mit einer bestimmten Contractsklage concurriren könne, lehren auch *L. 6. D. de rescind. vendit.* und *L. 2. Cod. de pactis inter emtorem et venditorem compositis.* Mit Recht hat daher schon **Joseph Fernandez de Retes**[65]) bemerkt, daß die actio praescriptis verbis nicht blos aus ungenannten Contracten entstehe, sondern auch wegen anderer Geschäfte statt finden könne, welche sich auf keinen der ungenannten Contracte zurückführen lassen. Denn so kann z. B. die actio praescriptis verbis mit dem Interdicto de precario[66]), ferner mit der actio familiae erciscundae[67]) concurriren. Es kann jedoch eine

64) Rational. in Pand. ad L. 1. pr. D. h. t. in fin.

65) Opuscul. c. 1. Cap. 7. nr. 1.

66) *L. 2. §. 2. D. de precario. L. 19. §. 2. D. eodem.* S. *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejustin. pag. 461. not. 64. und *Io. Ger.* VOGEL Diss. de precario. *Goett.* 1786. §. 2.

67) *L. 18. §. 2. D. Familiae ercisc.*

eine actio praescriptis verbis nur aus einem erlaubten Geschäft entstehen, nicht aus einem Delict. Hierdurch unterscheidet sich diese Klage von andern actiones in factum, die auch aus einer unerlaubten Handlung entstehen können. Bekannt sind deshalb die actio in factum de calumniatoribus, die actio in factum de effusis vel dejectis, die actio in factum ex alienatione iudicii mutandi causa facta, die actio in factum, si quis missum in possessionem non admiserit, und andere mehr, welche bereits an andern Orten vorgekommen sind.

Woher die Benennung actio praescriptis verbis entstanden sey, wird sehr verschieden erklärt. Die Meinung des Hotoman, Cujaz und Alciat hat schon Anton Faber[68]) geprüft, jedoch ohne ihnen Beyfall zu geben. Er selbst erklärt sich darüber so. Dicamus igitur melius, sagt er, actionem praescriptis verbis inventam esse propter controversias Iureconsultorum certantium plerumque de nomine contractus et competentis ex eo actionis, et ita coniicientium miseros litigatores in periculum male ac perperam electae actionis, causaeque ideo amittendae cum expensarum omnium condemnatione. Nec enim poterant tolli melius et evitari eiusmodi controversiae, quam si ageretur sine nomine actionis, secundum quod conventione praescriptum est, narrata conventione, narrato facto, et demonstrata praescriptis verbis rei gestae veritate, ut loquitur *L. 6. Cod. de transact.* Etwas anders erklärt diese Benen-

68) Rational. in Pand. ad L. 1. pr. D. h. t.

nennung Joseph Fernandez de Retes[69]). Caeterum sagt er, si erant incerta negotia, et sine lege, variique contractus, quales sunt innominati omnes, non poterat certa formula concipi, nec ex contractu reddebatur actio nomine proprio: sed qui iudicio contendere volebat, Praetorem adibat, et negotii facta narratione, actionis formulam ab eo reportabat, *praescriptis*, id est, antè scriptis contractus *verbis;* in hunc forsan modum: *Si apparet L. Titium dedisse millia pondo, ut Sejus insulam fulciret, nec fulsit, Sejum condemna.* Richtiger ist jedoch die Erklärung des Emund Merille[70]), welcher sagt: Verius est tamen, *actionem praescriptis verbis* dici, non propter verba conventione praescripta, seu praestituta; sed ob verba praescripta, seu proposita ante actionem. Atque ita voluit HARMENOPULUS intelligere, *προγεγραμμένων συμφώνων, praescriptis conventionibus*, quod praescriberentur, seu proponerentur conventiones, ex quibus in factum agebatur: proponebatur, seu praescribebatur conventio, negotium uti gestum erat; et postea ex verbis illis praescriptis in factum agebatur. Veluti, si contractus permutationis initus esset, cum Titius rem suam dedisset Maevio, ut ab eo aliam acciperet: praescribebat Titius, se rem suam dedisse Maevio, ut ab eo aliam acciperet: et ita praescriptis verbis agebat ad id, quod intererat sibi

a

69) Opusculor. Lib. II. Sect. I. cap. 6. nr. 2. (in *Thes. Meermann.* Tom. VI. p. 102.)

70) Variant. ex Cujacio Lib. I. cap. 29.

a Maevio rem datam non fuisse, uti convenerat. Dieser Erklärung giebt auch **Meister** [71]) seinen Beyfall, und er hat sie durch neue Gründe noch mehr bestärkt. Das Resultat ist in den Worten zusammengefaßt: Hinc *actio praescriptis verbis* appellatur, quia concipitur eius formula ex conventione a cliente patrono causae seu Iureconsulto ante scripta vel proposita. Ich habe diese Erklärung schon an einem andern Orte [72]) auch zu der meinigen gemacht.

Von den actiones in factum unterscheidet **Ulpian** *L.* 25. §. 1. *D. de obligat. et act.* die *actiones ex facto*. Darunter werden solche Klagen verstanden, welche aus einem Delict entstehen, worauf durch ein bestimmtes Gesetz eine gewisse Strafe gesetzt worden ist, wie z. B. die actio ex damno iniuria dato, quod vindicat Lex Aquilia.

Verschieden von jenen Klagen sind auch endlich die actiones utiles in dem Sinne, wo darunter diejenigen Klagen verstanden werden, welche durch eine billige Auslegung aus dem Grunde eines Civilgesetzes abgeleitet worden sind [73]). So z. B. wird §. 16. *I. de Lege Aquilia* die actio legis Aquiliae utilis von der actio in factum praetoria ausdrücklich unterschieden.

71) Diss. de in factum actionibus. §. 32. *Opusc.* Tom. I. pag. 378.

72) §. 1068. S. 80.

73) S. HOMMEL Rhapsod. quaestion. in foro quotidie obvenient. Vol. IV. Obs. 537. nr. 8.

Lib. XX. Tit. I.

De pignoribus et hypothecis, et qualiter ea contrahantur: et de pactis eorum.

§. 1076.

Natur, Zweck, und Wirkung des Pfandrechts.

Pfänder und Hypotheken sind das allgemeine Verstärkungsmittel aller Verbindlichkeiten, so weit deren Erfüllung aus dem Vermögen des Schuldners geschehen kann. Sie sind also, sagt Hellfeld, als accessoria contractuum anzusehen. Darum haben die Verfasser der Pandecten nach den Contracten und den daraus entstehenden Klagen davon gehandelt. In dem Edictum perpetuum stand dieser Titel an dem Orte nicht, welchen er jetzt in den Pandecten einnimmt. Denn Ulpian handelte erst im 73. Buch über das Edict vom Pfandrecht, von den Contracten aber schon im 30. Buche, wie die Ueberschriften der daraus in die Pandecten aufgenommenen Fragmente beweisen. Der Titel de pignoribus et hypothecis scheint also in dem Edict ziemlich gegen das Ende gestanden zu haben, so wie auch im Codex erst im achten Buche davon gehandelt wird. Justinian giebt in seiner Constitution Omnem reipublicae *de Conceptione Digestorum* §. 4. einen doppelten Grund an, warum er

hier von der Ordnung des Edicts abgewichen sey: 1) ne *liber ad hypothecariam formulam*, sagt er, quem oportuno loco, in quo *de hypothecis* loquimur, posuimus, *cum omnino sit pigneratitiis actionibus*, quae in libris de rebus positae sunt, abhorreat eorum vicinitatem; 2) ne *pignora* et *hypothecae* à venditionibus caeterisque contractibus, *quorum quasi ministrae sunt*, vicinitate ulterius divagentur. Die Römischen Ausdrücke *pignus* und *hypotheca* sind schon an einem andern Orte [74]) erklärt worden. Hier wird das Wort *pignus* für Pfandrecht genommen, in sofern dasselbe, im weitern Sinne, das einem Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung an der Sache eines Andern zustehende dingliche Recht verstanden wird, vermöge welchen er sich in dem Falle, da die Schuld nicht gebührend bezahlt wird, durch den Verkauf der Sache für seine Forderung bezahlt machen kann [75]). Ein solches Pfandrecht kann nun auf eine doppelte Art bestellet werden, näm-

74) S. den 14. Th. dieses Commentars §. 861.

75) Die vorzüglichsten Schriften sind *Fr.* BALDUINUS de pignoribus et hypothecis. *Basiliae* 1557. 8. (in HEINECCII *Iurispr. Rom. et Att.* Tom. I.) *Reinh.* BACHOVIUS de pignor. et hyp. *Francof. et Rostochii* 1656. 4. Ernst Christ. Westphal Versuch einer systemat. Erläuterung der sämmtlichen Röm. Gesetze vom Pfandrechte. Halle 1770 und 1794. 8. *Io. Henr. Christ.* ERXLEBEN Principia de iure pignorum et hypothecarum. *Goett.* 1779. F. C. Gerstäcker Lehre vom Pfandrecht, nach Grundsätzen des Röm. Rechts dogmatisch, polemisch dargestellt. Greifswald 1816. 8. und *Car. Phil. Henr.* THIERBACH Historia iuris civ. de pignoribus. Specim. I. praes. *Io. Godofr.* MÜLLERO def. *Lipsiae* 1814. 4.

nämlich entweder so, daß die Sache, welche dem Gläubiger Sicherheit gewähren soll, ihm auch zu diesem Zweck überliefert wird, oder so, daß ihm dieselbe zum Zweck seiner Befriedigung blos angewiesen wird, ohne ihm zugleich den Besitz derselben einzuräumen. Das Pfandrecht im ersten Falle wird Pfandrecht im engern Sinn, im zweyten aber Hypothek genennt [76]). Beydes ist zwar in Absicht auf das dingliche Recht selbst, und dessen Verfolgung, nur der Benennung nach [77]), in anderer Hinsicht aber auf mancherley Art unterschieden, wie auch schon an einem andern Orte [78]) ausgeführt worden ist. Das erstere scheint jedoch, als das einfachste und natürlichste, ursprünglich die einzige Art der Verpfändung bey den Römern gewesen zu seyn, wie auch die legale Etymologie des Worts pignus zu erkennen giebt [79]). Daß dem Gläubiger die Sache des Schuldners verhaftet seyn könne, obgleich er sie nicht in seinem Besitz hat, setzt schon verfeinerte Begriffe voraus, wozu die Römer erst in spätern Zeiten fortschritten [80]). Die Verpfändung durch Ueber-

76) *L.* 9. §. 2. *D. de pign. act.* §. 7. *I. de action.*

77) *L.* 5. §. 1. *D. h. t.* Inter *pignus* et *hypothecam* tantum nominis sonus differt. §. 7. *I. de actionibus.* Inter *pignus* autem et *hypothecam* (quantum *ad actionem hypothecariam* attinet) nihil interest.

78) S. den 14. Th. dieses Commentars §. 861. S. 2. ff.

79) *L.* 238. §. 2. *D. de Verb. Signif.* PIGNUS, appellatus a pugno: *quia res, quae pignori dantur, manu traduntur:* unde etiam videri potest, verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui.

80) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. §. 326. 5te Auflage und Gesterding Lehre vom Pfandrecht. §. 1. S. 2.

tragung des Besitzes geschieht nun durch den Pfandcontract, woraus persönliche Rechte und Verbindlichkeiten unter den Partheyen erwachsen, wo auch wegen irgend eines Mangels kein Pfandrecht entsteht, wenn nur die Sache zum Zweck desselben überliefert war[81]). Hiervon ist schon oben Lib. XIII. Tit. 7. (Th. 14.) ausführlich gehandelt worden. Hypothek aber wird durch bloßen Vertrag bestellet. Diese Art der Verpfändung, welche ohne Tradition der Sache geschieht, verdankt dem Edict des Prätors ihren Ursprung, ihre nachherige Erweiterung aber der Interpretation[82]). Von dieser Verpfändung ist Ulpian zu verstehen, wenn er *L. 1. pr. D. de pign. act.* sagt: *Pignus* contrahitur etiam *nuda conventione*, etsi non traditum est.

Das Pfandrecht wird also

I. zur Sicherheit einer Forderung bestellt. Es ist folglich seiner Natur nach ein blos accessorisches Recht, und setzt eine Verbindlichkeit voraus, welche durch dasselbe zur Hauptverbindlichkeit, so wie das derselben correspondirende Recht des Gläubigers durch dasselbe zum Hauptrecht wird[83]). Die Wirkung des Pfandrechts hängt daher lediglich von der Beschaffenheit der Hauptverbindlichkeit ab. Hieraus folgt, 1) daß alle Einreden, welche der Hauptschuld entgegenstehen, auch das derselben wegen eingeräumte

81) *L. 9. §. 4. L. 11. §. 2. L. 16. §. 1. L. 22. §. 2. D. de pignor. actione.*

82) S. THIERBACH Historia iuris civ. de pignoribus. §. 7. und dieses Commentars Th. 14. §. 862. S. 12. ff.

83) AVERANIUS Interpretat. iuris. Lib. II. cap. 12. nr. 1. seq.

räumte Pfandrecht zugleich mit treffen[84]). So wie demnach derjenige, welcher in der Hofnung, Geld zu erhalten, einen Schuldschein ausgestellet hat, wenn er unter zwey Jahren auf die Bezahlung der Schuld aus seiner Handschrift belangt wird, sich mit der exceptio non numeratae pecuniae schützen kann; so kann er auch, wenn wegen der Schuld Hypothek gegeben worden ist, diese nämliche Ausflucht der hypothekarischen Klage entgegensetzen; und hätte etwa der Aussteller des Schuldscheins vor Empfang des Geldes dem Inhaber desselben die Pfänder übergeben, so kann er, wenn er nachher das Geld nicht erhält, nicht nur mit der Eigenthumsklage, sondern auch mit der actio pigneratitia directa seine Pfänder zurückfordern. Sollte ihm dann etwa der Pfandinhaber die Ausflucht der geschehenen Verpfändung entgegenstellen, und von ihm verlangen, daß er zuförderst die Schuld bezahlen solle, so kann der Verpfänder mit Recht repliciren, daß ihm das Geld noch nicht gezahlt sey, und also der Beklagte das Pfand ohne rechtmäßige Ursache besitze. Denn auch hier hat der Pfandgeber bey der Zurückforderung des Pfandes binnen zwey Jahren die Vermuthung für sich, daß er das Geld noch nicht erhalten habe.

L. 1. *Cod. VIII.* 33. *Si pignoris conventionem numeratio pecuniae secuta non fuerit.* Si pecuniam tibi non esse numeratam, atque ideo frustra cautionem emissam adseris, et pignus datum probaturus es, *in rem experiri potes*: nam *intentio*[85]) *dati pigno-*

84) *L.* 2. *D. Quae res pignori.* Westphals Pfandrecht §. 6.

85) Das Wort *intentio* heißt hier eben soviel als exceptio. In den Basiliken steht παραγραφή.

pignoris, neque redditae pecuniae, non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit[86]). Eademque ratione veritas servetur, si te possidente pignus, adversarius tuus agere coeperit.

L. 11. §. 2. *D. de pigner. act.* Si quasi daturus tibi pecuniam, pignus accepero, nec dedero, pigneratitia actione tenebor, et nulla solutione facta.

2) Ist die Hauptverbindlichkeit, zu deren Bestärkung die Verpfändung geschehen ist, von den Gesetzen für durchaus ungültig erklärt, so ist auch das bestellte Pfandrecht, als solches, ungültig, und es kann dem vermeintlichen Gläubiger deshalb nie die hypothekarische Klage zustehen. Dieß ist der Fall bey solchen Verpfändungen, welche wegen einer verbotenen Spielschuld, ingleichen von einem gerichtlich erklärten Verschwender, ferner von einem Pupillen ohne des Vormunds Einwilligung, oder von einer Frauensperson zur Bestärkung einer übernommenen Bürgschaft geschehen sind[87]).

3) Ist hingegen die Hauptverbindlichkeit durch die bürgerlichen Gesetze nicht ganz vernichtet, sondern nur in Ansehung ihrer gerichtlichen Wirkung beschränkt, so kann wegen einer solchen, wenn auch gleich nicht klagbaren Forderung, ein gültiges Pfandrecht statt finden. Ulpian sagt dieses

L. 14.

86) Der Pfandinhaber muß also die Auszahlung des Darlehns beweisen, ausserdem ist seine Ausflucht ohne Wirkung. Der Kläger hingegen braucht hier weiter nichts, als die geschehene Verpfändung zu beweisen, wofern sie der Beklagte nicht von selbst einräumt. S. Westphal §. 7. Not. 18. b.

87) S den 14. Th. dieses Commentars §. 864. S. 41. f.

L. 14. §. 1. *D. h. t.* ausdrücklich: Ex quibus casibus *naturalis obligatio* [88]) consistit, pignus perseverare constitit. Es verſteht ſich aber, daß in dieſem Falle dem Gläubiger wegen des Pfandrechts auch nur dieſelbe beſchränkte Art der Rechtsverfolgung, wie in Anſehung der Hauptſchuld ſelbſt, zuſtehen könne. Wenn daher dem Gläubiger bey einer obligatio naturalis kein Klagerecht zuſteht, wie z. B. im Falle des Senatusconsulti Macedoniani; ſo kann er zwar nicht auf Abtretung des Pfandes klagen, wohl aber kann er, wenn er in dem Beſitz deſſelben ſich befindet, ſein Pfandrecht durch Retention der Sache, und, wenn der Schuldner keine Zahlung leiſtet, auch durch Veräuſſerung derſelben geltend machen [89]).

4) Da das Weſen des Pfandrechts darin beſteht, daß es zur Sicherheit einer Schuldforderung gereichen ſoll, ſo folgt, daß wenn die Hauptſchuld ganz getilgt iſt, auch das derſelben wegen eingeräumte Pfandrecht erlöſche [90]). Dahingegen bleibt die ganze Forderung des Gläubigers gültig, wenn gleich durch den Untergang des Pfandes das Pfandrecht aufhört [91]). Sollte indeſſen nur die

88) *Obligatio naturalis* heißt bekanntermaßen im ſtrengſten Verſtande des Civilrechts eine ſolche Verbindlichkeit, welche den völligen gerichtlichen Effect, welcher in der Regel mit einer Zwangspflicht verbunden iſt, nicht hervorbringt. S. Weber Syſt. Entwik. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 55.

89) S. den 14. Th. dieſes Commentars §. 864. S. 43. f.

90) *L.* 13. §. 4. *et L.* 16. §. 3. *D. h. t. L.* 9. §. 3. *D. de pign. act.* S. den 14. Th. dieſes Comm. §. 869. und §. 71.

91) *L.* 25. *Cod. de pignorib.* Servo, qui fuerat pignori obligatus, defuncto, debiti permanet integra petitio.

die der Forderung wegen dem Gläubiger zustehende Personalklage durch Verjährung, oder durch eine verschuldete Versäumniß im Prozeß, erloschen seyn, so kann, weil dadurch die Verbindlichkeit des Schuldners selbst nicht aufgehoben wird, daß Pfandrecht doch noch fortdauern, wie Kr. Gordian rescribirt *L.* 2. *Cod. de luitione pignoris*: Intelligere debes, vincula pignoris durare, *personali actione submota* [92]).

II Das Pfandrecht kann seinem Zweck nach nur an einer Sache Statt finden, welche in Ansehung des Gläubigers eine fremde Sache ist. Die Verpfändung ist daher ungültig, wenn dem Gläubiger, obgleich ohne sein Wissen, seine eigene Sache zum Pfande gegeben wird, welche der Schuldner in gutem Glauben als sein Eigenthum besaß. Julian sagt *L.* 33. §. 5. *D. de Usurpat. et Usucap.* Si rem tuam, cum bona fide possiderem, pignori tibi dem, ignoranti tuam esse, desino usucapere: *quia non intelligitur quis suae rei pignus contrahere*; und in der *L.* 45. *D. de diversis reg. iuris* heißt es: Neque *pignus*, neque depositum, — neque locatio *rei suae* consistere potest. Aus gleichem Grunde hört die Sache auf Pfand zu seyn, wenn der Gläubiger nachher Eigenthümer derselben wird, wenn er sie

92) Unrichtig verstehen die *L.* 2. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 19. und Westphal im Pfandrecht §. 9. von dem Falle des vorhergehenden Gesetzes. Richtiger erklären dieselbe *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. VII. cap. 18. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant. Fabrum* Lib. III. Tr. VIII. Qu. 4—6. *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. II. cap. 12. nr. 17—20, und Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 104.

sie auch nicht von dem Schuldner, sondern von einem Dritten erhielt, dem die Sache eigenthümlich gehörte; welche der Verpfänder in gutem Glauben von einem Nichteigenthümer gekauft hatte. So lehrt **Julian** *L.* 29. *D. de pign. act.* Si rem alienam bona fide emeris, et mihi pignori dederis, ac precario rogaveris, deinde me dominus heredem instituerit, *desinit pignus esse*: et sola precarii rogatio supererit: idcirco usucapio tua interpellabitur; und **Paulus** sagt *L.* 30. §. 1. *in fin. D. de except. rei iudicatae* — Neque enim potest pignus perseverare, *domino constituto creditore.*

III. Das Pfandrecht ist ferner seiner Natur nach untheilbar, wenn gleich die Forderung des Gläubigers, wegen welcher es bestellet worden, eine Theilung zuläßt [93]). Diese Untheilbarkeit des Pfandrechts äussert sich 1) darin, daß das Pfand nicht eher frey wird, als bis die ganze Schuld bezahlt ist. Hat also a) der Gläubiger mehrere Sachen zum Pfande erhalten, so ist er nicht eher schuldig eine davon freyzugeben, als wenn er die ganze Schuld, welche darauf haftet, erhalten hat, weil die Schuld auf jedem Object ganz ruhet [94]). b) Stirbt der Gläubiger, und

93) *Fr.* BALDUINUS de pignoribus Cap. XIV. pag. 85. *Ios. Fern. de* RETES Comm. de dividuis et individuis obligationibus Praelud. IV. (in *Thes. Meermann.* Tom. VII. pag. 607. sq.) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. und Weßphal Pfandrecht §. 33.

94) *L.* 19. *D. h. t.* Qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare, nisi accepto universo, quantum debetur.

und hinterläßt mehrere Erben, so kann zwar jeder Miterbe gegen den Schuldner nur auf seinen Antheil klagen; wenn aber der Schuldner keine Zahlung leistet, so kann jeder das ganze Pfand in Anspruch nehmen[95]). Eben so haftet c) jeder Erbe des Schuldners, wenn deren mehrere sind, nicht blos wegen seines Antheils, sondern für die ganze Schuld, wenn er das Pfand besitzt, er mag es ganz oder zum Theil besitzen[96]). Hätte er daher nur etwa seinen Antheil an der Pfandschuld bezahlt, so hat er dadurch noch nicht den geringsten Theil des Pfandes freygemacht, weil das Pfandrecht nicht eher aufhört, als bis die ganze Schuld getilgt ist[97]). d) Wenn von mehreren Erben des verstorbenen Gläubigers einer von dem Schuldner seine Bezahlung erhalten hat, so kann dieses den übrigen Miterben, in Absicht auf die Verfolgung des Pfandrechts, nicht zum Nachtheil gereichen. Sie halten sich dennoch an das ganze Pfandstück, und suchen durch Veräusse-

95) *L.* 1. *Cod. VIII.* 32. *Si unus ex pluribus heredibus creditoris.* Manifesti et indubitati iuris est, defuncto creditore, multis relictis heredibus, actionem quidem personalem inter eos Lege duodecim tabularum dividi: *pignus vero in solidum unicuique teneri.*

96) *L.* 2. *Cod. eodem.* Actio quidem personalis inter heredes pro singulis portionibus quaesita scinditur: pignoris autem iure multis obligatis rebus, quas diversi possident, *cum eius vindicatio non personam obliget, sed rem sequatur*, qui possident, tenentes non *pro modo singularum rerum substantiae* conveniuntur, sed *in solidum*, ut vel *totum debitum reddant*, vel *eo, quod detinent, cedant.*

97) *L.* 16. *Cod. de distr. pignor.* *L.* 1. *Cod. de luit. pign.*

äusserung desselben ihre Befriedigung zu erhalten. Damit jedoch der Schuldner nicht in Schaden komme, so müssen die übrigen Miterben ihm freylich das wieder ersetzen, was er einem der Miterben bezahlt hat. Denn der schon befriedigte Miterbe giebt nichts wieder heraus, weil er das, was er von dem Schuldner erhielt, zu fordern berechtiget war; er kann selbst dann nicht in Anspruch genommen werden, wenn auch nachher das aus der Veräusserung des Pfandes gelösete Geld zur Befriedigung der übrigen Miterben unzureichend wäre, und auch dem Schuldner weitere Zahlung zu leisten unmöglich seyn sollte[98]). Dieß ist es, was **Ulpian** *L.* 11. §. 4. *D. de pignor. act.* sagt: Si creditori plures heredes exstiterint, et uni ex his pars eius solvatur, non debent caeteri heredes creditoris injuria adfici: *sed possunt totum fundum vendere, oblato debitori eo, quod coheredi eorum solvit.* Quae sententia non est sine ratione.

2) Wegen der Untheilbarkeit des Pfandrechts haften auch mehrere Verkäufer einer damit beschwerten Sache im Falle der Entwährung in solidum, wenn der Gläubiger von dem Käufer die Abtretung des Pfandes verlangt hat. Hierher gehört, was **Papinian** *L.* 65. *D. de evictionib.* sagt: Rem hereditariam pignori obligatam heredes vendiderunt, et evictionis nomine pro partibus hereditariis spoponderunt: cum alter pignus pro parte sua liberasset, rem creditor evicit. Quaerebatur, an uterque heredum conveniri possit? Idque placebat, *propter indivisam pignoris*

98) S. Westphal's Pfandrecht §. 33. Not. 52. S. 82. a. E.

ris causam: nec remedio locus esse videbatur, ut per doli exceptionem actiones ei, qui pecuniam creditori dedit, praestarentur: quia non duo rei facti proponerentur. Sed *familiae erciscundae iudicium* eo nomine utile est. Nam quid interest, unus ex heredibus in totum liberaverit pignus, an vero pro sua duntaxat portione, cum coheredis negligentia damnosa non debet esse alteri. Zwey Erben des Schuldners hatten ein mit Hypothek behaftetes Grundstück verkauft, und sich wegen der Entwährung nach dem Verhältniß ihrer Erbtheile dem Käufer verpflichtet. Einer von denselben hatte nachher dem Gläubiger seinen Antheil an der Schuld bezahlt, soweit es ihm seiner Seits oblag, um die Hypothek zu löschen. (Dieß ist der Sinn der Worte: *cum alter pignus pro parte sua liberasset*) Denn eine bloße Zahlung auf Abschlag wirkt für keinen Theil eine liberatio pignoris [99]). Weil jedoch der andere Miterbe nicht zahlte, so wurde die Hypothek ausgeklagt, und das Pfand von dem Gläubiger evincirt. Daß hier das abgerechnet werden mußte, was der andere Miterbe dem Gläubiger für seinen Antheil schon bezahlt hatte, verstand sich von selbst [100]). Allein nun entstand die Frage, welcher von beyden Miterben de. Käufer wegen der Entwährung hafte? Hatte dieser etwa nur eine Klage gegen denjenigen Erben, welcher den Gläubiger nicht bezahlt, und deswegen die Eviction veranlaßt hatte? Nein. **Papinian** entscheidet diese Frage

99) S. POTHIER Pandect. Iustinian. T. I. Lib. XXI. Tit. 2. Nr. XLVI. not. c.

100) S. **Westphal** a. a. O. S. 83.

Frage vielmehr dahin, daß beyde Erben von dem Käufer belangt werden könnten, und zwar wegen der Untheilbarkeit des Pfandrechtes. Dieß heißt hier *propter individuam*, id est, individuam *pignoris causam*. Diese Untheilbarkeit machte, daß auch demjenigen, welcher dem Gläubiger seinen Schuldantheil bezahlt hatte, in Ansehung seines verkauften Antheils an dem Grundstück keine Befreyung in Absicht auf die hypothekarische Verpflichtung zu statten kam. Denn durch die Bezahlung hatte er sich bloß von dem persönlichen Anspruche des Gläubigers befreiet; allein nicht das Pfand, welches noch wegen des Rests der Pfandschuld haftete, und nur erst durch die Bezahlung der ganzen Schuld frey werden konnte [1]). Er blieb also als Miterkäufer dem Käufer, wegen der Entwährung, noch für seinen Antheil verbindlich, so wie er sich auch demselben verpflichtet hatte. Da ihm indessen, als Miterben, mehr nicht zu bezahlen oblag, als er dem Gläubiger schon bezahlt hatte, so mußte er billig von seinem Miterben entschädiget werden. Was wird ihm aber deswegen für ein Rechtsmittel zustehen? Kann er etwa dem Käufer die exceptio doli entgegensetzen, und mittelst derselben verlangen, daß er ihm die Klage gegen den Miterben cedire, welcher nicht bezahlt hatte? Nein, weil sich dieselben wegen der Entwährung nicht in solidum verpflichtet hatten. Der Käufer konnte also von Jedem der Miterkäufer nicht mehr als die Hälfte des Rests fordern. Da also der Beklagte nur seinen Antheil, aber nicht für seinen Miterben zahlte, so konnte er auch gegen

1) *L. 2. Cod. VIII. 29. Debitorem venditionem pignoris impedire non posse.*

pignoris, neque redditae pecuniae, non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit[86]). Eademque ratione veritas servetur, si te possidente pignus, adversarius tuus agere coeperit.

L. 11. §. 2. *D. de pignerat. act.* Si quasi daturus tibi pecuniam, pignus accepero, nec dedero, pigneratitia actione tenebor, et nulla solutione facta.

2) Ist die Hauptverbindlichkeit, zu deren Bestärkung die Verpfändung geschehen ist, von den Gesetzen für durchaus ungültig erklärt, so ist auch das bestellte Pfandrecht, als solches, ungültig, und es kann dem vermeintlichen Gläubiger deshalb nie die hypothekarische Klage zustehen. Dieß ist der Fall bey solchen Verpfändungen, welche wegen einer verbotenen Spielschuld, ingleichen von einem gerichtlich erklärten Verschwender, ferner von einem Pupillen ohne des Vormunds Einwilligung, oder von einer Frauensperson zur Bestärkung einer übernommenen Bürgschaft geschehen sind[87]).

3) Ist hingegen die Hauptverbindlichkeit durch die bürgerlichen Gesetze nicht ganz vernichtet, sondern nur in Ansehung ihrer gerichtlichen Wirkung beschränkt, so kann wegen einer solchen, wenn auch gleich nicht klagbaren Forderung, ein gültiges Pfandrecht statt finden. Ulpian sagt dieses

L. 14.

86) Der Pfandinhaber muß also die Auszahlung des Darlehns beweisen, ausserdem ist seine Ausflucht ohne Wirkung. Der Kläger hingegen braucht hier weiter nichts, als die geschehene Verpfändung zu beweisen, wofern sie der Beklagte nicht von selbst einräumt. S. Westphal §. 7. Not. 18. b.

87) S den 14. Th. dieses Commentars §. 864. S. 41. f.

L. 14. §. 1. *D. h. t.* ausdrücklich: Ex quibus casibus *naturalis obligatio* [88]) consistit, pignus perseverare constitit. Es verſteht ſich aber, daß in dieſem Falle dem Gläubiger wegen des Pfandrechts auch nur dieſelbe beſchränkte Art der Rechtsverfolgung, wie in Anſehung der Hauptſchuld ſelbſt, zuſtehen könne. Wenn daher dem Gläubiger bey einer obligatio naturalis kein Klagerecht zuſteht, wie z. B. im Falle des Senatusconsulti Macedoniani; ſo kann er zwar nicht auf Abtretung des Pfandes klagen, wohl aber kann er, wenn er in dem Beſitz deſſelben ſich befindet, ſein Pfandrecht durch Retention der Sache, und, wenn der Schuldner keine Zahlung leiſtet, auch durch Veräuſſerung derſelben geltend machen [89]).

4) Da das Weſen des Pfandrechts darin beſteht, daß es zur Sicherheit einer Schuldforderung gereichen ſoll, ſo folgt, daß wenn die Hauptſchuld ganz getilgt iſt, auch das derſelben wegen eingeräumte Pfandrecht erlöſche [90]) Dahingegen bleibt die ganze Forderung des Gläubigers gültig, wenn gleich durch den Untergang des Pfandes das Pfandrecht aufhört [91]). Sollte indeſſen nur die

88) *Obligatio naturalis* heißt bekanntermaßen im ſtrengſten Verſtande des Civilrechts eine ſolche Verbindlichkeit, welche den völligen gerichtlichen Effect, welcher in der Regel mit einer Zwangspflicht verbunden iſt, nicht hervorbringt. S. Weber Syſt. Entwik. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 55.

89) S. den 14. Th. dieſes Commentars §. 864. S. 43. f.

90) *L.* 13. §. 4. *et L.* 16. §. 3. *D. h. t. L.* 9. §. 3. *D. de pign. act.* S. den 14. Th. dieſes Comm. §. 869. und §. 71.

91) *L.* 25. *Cod. de pignorib.* Servo, qui fuerat pignori obligatus, defuncto, debiti permanet integra petitio.

die der Forderung wegen dem Gläubiger zustehende Personalklage durch Verjährung, oder durch eine verschuldete Versäumniß im Prozeß, erloschen seyn, so kann, weil dadurch die Verbindlichkeit des Schuldners selbst nicht aufgehoben wird, daß Pfandrecht doch noch fortdauern, wie Kr. Gordian rescribirt *L.* 2. *Cod. de luitione pignoris*: Intelligere debes, vincula pignoris durare, *personali actione submota* [92]).

II Das Pfandrecht kann seinem Zweck nach nur an einer Sache Statt finden, welche in Ansehung des Gläubigers eine fremde Sache ist. Die Verpfändung ist daher ungültig, wenn dem Gläubiger, obgleich ohne sein Wissen, seine eigene Sache zum Pfande gegeben wird, welche der Schuldner in gutem Glauben als sein Eigenthum besaß. Julian sagt *L.* 33. §. 5. *D. de Usurpat. et Usucap.* Si rem tuam, cum bona fide possiderem, pignori tibi dem, ignoranti tuam esse, desino usucapere: *quia non intelligitur quis suae rei pignus contrahere*; und in der *L.* 45. *D. de diversis reg. iuris* heißt es: Neque *pignus*, neque depositum, — neque locatio *rei suae* consistere potest. Aus gleichem Grunde hört die Sache auf Pfand zu seyn, wenn der Gläubiger nachher Eigenthümer derselben wird, wenn er sie

92) Unrichtig verstehen die *L.* 2. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 19. und Westphal im Pfandrecht §. 9. von dem Falle des vorhergehenden Gesetzes. Richtiger erklären dieselbe *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. VII. cap. 18. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant. Fabrum* Lib. III. Tr. VIII. Qu. 4—6. *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. II. cap. 12. nr. 17—20, und Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 104.

sie auch nicht von dem Schuldner, sondern von einem Dritten erhielt, dem die Sache eigenthümlich gehörte; welche der Verpfänder in gutem Glauben von einem Nicht-eigenthümer gekauft hatte. So lehrt **Julian** *L.* 29. *D. de pign. act.* Si rem alienam bona fide emeris, et mihi pignori dederis, ac precario rogaveris, deinde me dominus heredem instituerit, *desinit pignus esse*: et sola precarii rogatio supererit: idcirco usucapio tua interpellabitur; und **Paulus** sagt *L.* 30. §. 1. *in fin. D. de except. rei iudicatae* — Neque enim potest pignus perseverare, *domino constituto creditore.*

III. Das Pfandrecht ist ferner seiner Natur nach untheilbar, wenn gleich die Forderung des Gläubigers, wegen welcher es bestellet worden, eine Theilung zuläßt [93]). Diese Untheilbarkeit des Pfandrechts äussert sich 1) darin, daß das Pfand nicht eher frey wird, als bis die ganze Schuld bezahlt ist. Hat also a) der Gläubiger mehrere Sachen zum Pfande erhalten, so ist er nicht eher schuldig eine davon freyzugeben, als wenn er die ganze Schuld, welche darauf haftet, erhalten hat, weil die Schuld auf jedem Object ganz ruhet [94]). b) Stirbt der Gläubiger, und

93) *Fr.* BALDUINUS de pignoribus Cap. XIV. pag. 85. *Ios. Ferm. de* RETES Comm. de dividuis et individuis obligationibus Praelud. IV. (in *Thes. Meermann.* Tom. VII. pag. 607. sq.) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. und Westphal Pfandrecht §. 33.

94) *L.* 19. *D. h. t.* Qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare, nisi accepto universo, quantum debetur.

und hinterläßt mehrere Erben, so kann zwar jeder Miterbe gegen den Schuldner nur auf seinen Antheil klagen; wenn aber der Schuldner keine Zahlung leistet, so kann jeder das ganze Pfand in Anspruch nehmen[95]). Eben so haftet c) jeder Erbe des Schuldners, wenn deren mehrere sind, nicht blos wegen seines Antheils, sondern für die ganze Schuld, wenn er das Pfand besitzt, er mag es ganz oder zum Theil besitzen[96]). Hätte er daher nur etwa seinen Antheil an der Pfandschuld bezahlt, so hat er dadurch noch nicht den geringsten Theil des Pfandes freygemacht, weil das Pfandrecht nicht eher aufhört, als bis die ganze Schuld getilgt ist[97]). d) Wenn von mehreren Erben des verstorbenen Gläubigers einer von dem Schuldner seine Bezahlung erhalten hat, so kann dieses den übrigen Miterben, in Absicht auf die Verfolgung des Pfandrechts, nicht zum Nachtheil gereichen. Sie halten sich dennoch an das ganze Pfandstück, und suchen durch Veräusse-

95) *L.* 1. *Cod. VIII.* 32. *Si unus ex pluribus heredibus creditoris.* Manifesti et indubitati iuris est, defuncto creditore, multis relictis heredibus, actionem quidem personalem inter eos Lege duodecim tabularum dividi: *pignus vero in solidum unicuique teneri.*

96) *L.* 2. *Cod. eodem.* Actio quidem personalis inter heredes pro singulis portionibus quaesita scinditur: pignoris autem iure multis obligatis rebus, quas diversi possident, *cum eius vindicatio non personam obliget, sed rem sequatur*, qui possident, tenentes non *pro modo singularum rerum substantiae* conveniuntur, sed *in solidum*, ut vel *totum debitum reddant*, vel *eo, quod detinent, cedant.*

97) *L.* 16. *Cod. de distr. pignor.* *L.* 1. *Cod. de luit. pign.*

äusserung desselben ihre Befriedigung zu erhalten. Damit jedoch der Schuldner nicht in Schaden komme, so müssen die übrigen Miterben ihm freylich das wieder ersetzen, was er einem der Miterben bezahlt hat. Denn der schon befriedigte Miterbe giebt nichts wieder heraus, weil er das, was er von dem Schuldner erhielt, zu fordern berechtiget war; er kann selbst dann nicht in Anspruch genommen werden, wenn auch nachher das aus der Veräusserung des Pfandes gelösete Geld zur Befriedigung der übrigen Miterben unzureichend wäre, und auch dem Schuldner weitere Zahlung zu leisten unmöglich seyn sollte[98]). Dieß ist es, was **Ulpian** *L.* 11. §. 4. *D. de pignor. act.* sagt: Si creditori plures heredes exstiterint, et uni ex his pars eius solvatur, non debent caeteri heredes creditoris injuria adfici: *sed possunt totum fundum vendere, oblato debitori eo, quod coheredi eorum solvit.* Quae sententia non est sine ratione.

2) Wegen der Untheilbarkeit des Pfandrechts haften auch mehrere Verkäufer einer damit beschwerten Sache im Falle der Entwährung in solidum, wenn der Gläubiger von dem Käufer die Abtretung des Pfandes verlangt hat. Hierher gehört, was **Papinian** *L.* 65. *D. de evictionib.* sagt: Rem hereditariam pignori obligatam heredes vendiderunt, et evictionis nomine pro partibus hereditariis spoponderunt: cum alter pignus pro parte sua liberasset, rem creditor evicit. Quaerebatur, an uterque heredum conveniri possit? Idque placebat, *propter indivisam pignoris*

98) S. Westphal's Pfandrecht §. 33. Not. 52. S. 82. a. E.

ris causam: nec remedio locus esse videbatur, ut per doli exceptionem actiones ei, qui pecuniam creditori dedit, praestarentur: quia non duo rei facti proponerentur. Sed *familiae erciscundae iudicium* eo nomine utile est. Nam quid interest, unus ex heredibus in totum liberaverit pignus, an vero pro sua duntaxat portione, cum coheredis negligentia damnosa non debet esse alteri. Zwey Erben des Schuldners hatten ein mit Hypothek behaftetes Grundstück verkauft, und sich wegen der Entwährung nach dem Verhältniß ihrer Erbtheile dem Käufer verpflichtet. Einer von denselben hatte nachher dem Gläubiger seinen Antheil an der Schuld bezahlt, soweit es ihm seiner Seits oblag, um die Hypothek zu löschen. (Dieß ist der Sinn der Worte: *cum alter pignus pro parte sua liberasset*) Denn eine bloße Zahlung auf Abschlag wirkt für keinen Theil eine liberatio pignoris [99]). Weil jedoch der andere Miterbe nicht zahlte, so wurde die Hypothek ausgeklagt, und das Pfand von dem Gläubiger evincirt. Daß hier das abgerechnet werden mußte, was der andere Miterbe dem Gläubiger für seinen Antheil schon bezahlt hatte, verstand sich von selbst [100]). Allein nun entstand die Frage, welcher von beyden Miterben de. Käufer wegen der Entwährung hafte? Hatte dieser etwa nur eine Klage gegen denjenigen Erben, welcher den Gläubiger nicht bezahlt, und deswegen die Eviction veranlaßt hatte? Nein. **Papinian** entscheidet diese Frage

99) S. POTHIER Pandect. Iustinian. T. I. Lib. XXI. Tit. 2. Nr. XLVI. not. c.

100) S. Westphal's a. a. O. S. 83.

Frage vielmehr dahin, daß beyde Erben von dem Käufer belangt werden könnten, und zwar wegen der Untheilbarkeit des Pfandrechtes. Dieß heißt hier *propter individuam*, id est, individuam *pignoris causam*. Diese Untheilbarkeit machte, daß auch demjenigen, welcher dem Gläubiger seinen Schuldantheil bezahlt hatte, in Ansehung seines verkauften Antheils an dem Grundstück keine Befreyung in Absicht auf die hypothekarische Verpflichtung zu statten kam. Denn durch die Bezahlung hatte er sich bloß von dem persönlichen Anspruche des Gläubigers befreiet; allein nicht das Pfand, welches noch wegen des Rests der Pfandschuld haftete, und nur erst durch die Bezahlung der ganzen Schuld frey werden konnte [1]). Er blieb also als Mitverkäufer dem Käufer, wegen der Entwährung, noch für seinen Antheil verbindlich, so wie er sich auch demselben verpflichtet hatte. Da ihm indessen, als Miterben, mehr nicht zu bezahlen oblag, als er dem Gläubiger schon bezahlt hatte, so mußte er billig von seinem Miterben entschädiget werden. Was wird ihm aber deswegen für ein Rechtsmittel zustehen? Kann er etwa dem Käufer die exceptio doli entgegensetzen, und mittelst derselben verlangen, daß er ihm die Klage gegen den Miterben cedire, welcher nicht bezahlt hatte? Nein, weil sich dieselben wegen der Entwährung nicht in solidum verpflichtet hatten. Der Käufer konnte also von Jedem der Mitverkäufer nicht mehr als die Hälfte des Rests fordern. Da also der Beklagte nur seinen Antheil, aber nicht für seinen Miterben zahlte, so konnte er auch gegen

1) *L. 2. Cod. VIII. 29. Debitorem venditionis pignoris impedire non posse.*

gegen ihn keine iura cessa verlangen. Dem Miterben, welcher jetzt mehr bezahlt hatte, als ihm nach dem Verhältniß seines Erbtheils oblag, blieb also kein anderes Mittel gegen den andern Erben übrig, als die Erbtheilungsklage [2]). Endlich ist noch 3) aus der Untheilbarkeit des Pfandrechts zu erklären, daß dem Miterben, welcher eine Pfandschuld vor noch ungetheilter Erbschaft ganz bezahlt hat, gegen die übrigen Miterben nicht blos die actio negotiorum gestorum, sondern auch die actio familiae erciscundae gestattet wird [3]). Zuweilen kann jedoch auch das Pfandrecht theilbar seyn. Dieser Fall tritt bey dem Pfandrechte ein, welches die Gesetze, wegen der Vermächtnisse auf diejenigen Güter des Erblassers gelegt haben, die dem damit beschwerten Erben oder Legatar zufallen. Hier sind die Antheile der einzelnen Miterben nur in so weit verhaftet, als die persönliche Klage gegen sie anwendbar ist [4]). Daß aber ein Miteigenthümer blos seinen Antheil an der gemeinschaftlichen Sache verpfänden kann,

2) S. CUJACIUS in Papiniano ad h. L. *Operum postum.* Tom. I. pag 185 edit. *Fabrot.* und *Christfr.* WAECHTLER Comm. ad Tit. Dig. de evictionibus h. L. in *Opuscul.* a TROTZ edit. pag. 146. sqq.

3) *L.* 3. *Cod. de negot. gest.* S. Westphal §. 33. Not. 52. a. E. und den 11. Th. dieses Commentars §. 735. S. 113. bis 116.

4) *L.* 1. §. 1. *Cod. VI.* 43. *Communia de legatis.* — In omnibus autem huiusmodi casibus in tantum et *hypothecaria* unumquemque conveniri volumus, *in quantum personalis actio adversus eum competit.* S. Westphal §. 98.

kann [5]), macht das Pfandrecht selbst nicht theilbar. Wird die Sache nachher getheilt, so haftet das Pfandrecht nicht gerade auf der Hälfte, welche der verpfändende Miteigenthümer nun zu seinem Antheile erhalten hat, sondern es bleibt auf beyden abgesonderten Theilen zur Hälfte deren Werths [6]).

Soviel IV. die Wirkung des Pfandrechts anbetrifft, so erstreckt sich dieselbe, wenn das Pfandrecht schlechthin und unbestimmt der Forderung wegen dem Gläubiger ertheilt ist [7]),

A) in Rücksicht ihres Umfangs, nach der richtigeren Meinung, nicht blos auf die Hauptschuld, sondern auch, ohne besondere Verabredung, auf die damit verbundenen Nebenforderungen [8]). Dahin gehören

1) Zinsen, und zwar nicht nur Verzugszinsen [9]), sondern auch Conventionalzinsen, insofern sie nämlich zur Zeit

5) *L. un. VIII.* 21. *Cod. Si communis res pignori data sit.* S. Schweppe Röm. Privatrecht. 1. Band §. 295.

6) *L.* 7. §. 4. *D. Quib. mod. pign. solvitur.*

7) Ein Anders wäre, wenn das Pfandrecht ausdrücklich nur auf das Capital oder auf die Zinsen wäre beschränkt worden. *L.* 11. §. 3. *D. de pign. act.* Denn es kommt auch hier zunächst darauf an, quod actum est.

8) In der Theorie wird darüber sehr gestritten. S. Weber Erörterung der Frage, ob und in wiefern das Pfandrecht sich ausser dem Kapital auch auf Zinsen, Kosten und Conventionalstrafe erstrecke, wenn deshalb keine ausdrückliche Verabredung vorhanden ist. In Desselben Versuchen über das Civilrecht und dessen Anwendung S. 151. ff. und Gesterding Lehre vom Pfandrecht §. 3. S. 35. ff.

9) PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 13.

Zeit der Verpfändung schon bewilliget waren, und nicht erst nachher versprochen worden sind [10]). Steht indessen solcher Zinsen wegen, wozu sich der Schuldner erst nach der Verpfändung verbindlich gemacht hat, auch gleich dem Gläubiger die hypothekarische Klage nicht zu, so ist er doch, sofern er in dem Besitz des Pfandes sich befindet, und es nur mit dem Schuldner, oder desselben Erben zu thun hat, nicht nur das Pfand bis zu deren Bezahlung zurückzubehalten befugt, sondern er kann auch, wenn keine Bezahlung der Schuld erfolgt, am Ende die rechtliche Veräusserung des Pfandes bewirken, und sich auch wegen dieser Zinsen bezahlt machen [11]).

2) Conventionalstrafe, sofern sich der Schuldner zur Zeit der geschehenen Verpfändung zur Bezahlung derselben anheischig gemacht hatte [12]).

3) Die

10) *L.* 4. *Cod. de Usuris.* Per retentionem pignoris usuras servari posse, de quibus praestandis convenit, licet stipulatio interposita non sit, merito constitutum est, et rationem habet: *cum pignora conventione pacti etiam usuris obstricta sint.* (Das heißt nicht wenn, sondern weil bey einer überhaupt geschehenen Verpfändung das Pfandrecht sich nach der Verabredung des Vertrags auf die Zinsen mit erstreckt.) Sed enim in causa, de qua agis, haec ratio cessat, siquidem tempore contractus de minoribus usuris petendis convenit, *postea autem cum se debitor praestaturum maiores repromisit, non potest videri rata pignoris retentio:* quando eo tempore, quo instrumenta emittebantur, non convenit, ut pignus etiam ad hanc adjectionem teneatur.

11) *L.* 22. *Cod. de Usuris. L.* 8. §. 5. *D. de pignerat. actione. L. un. Cod. Etiam ob chirograph. pecuniam pign. teneri posse.*

12) *L.* 13. §. *ult. D. de pignorib.* Idem et *in poena* dicemus

3) Die auf das Pfand verwandte nothwendige Kosten, welche entweder in öffentlichen Abgaben und Steuern bestehen können, denen der Gläubiger als Pfandbesitzer sich unterziehen mußte [13]); oder in solchen Kosten, welche die Erhaltung der Sache nothwendig machte. Ob auch die nützlichen Ausgaben hierher zu rechnen sind, ist streitig. Herr Prof. **Weber** [14]) räumt dem Gläubiger in Ansehung derselben nur ein Retentionsrecht ein. Auch **Thibaut** [15]) und **Schweppe** [16]) beschränken das Pfandrecht nur auf nothwendige Auslagen. Herr Prof. **Gesterding** [17]) will aber dem Gläubiger auch wegen der nützlichen Verwendungen ein Pfandrecht einräumen, weil die Gesetze nicht unterscheiden [18]). Ich habe mich darüber schon an einem andern Orte [19]) erklärt.

Was

cemus. Diesem Gesetz steht die *L.* 22. *Cod. de Usuris* nicht entgegen. Denn hier ist von einem solchen Falle die Rede, wo dem Gläubiger die Conventionalstrafe selbst abgesprochen wurde. Wie konnte also das Pfand dafür haften? S. DONELLUS Comment. in Cod. ad h. L. und **Gesterding** Pfandrecht. S. 49. ff.

13) *L.* 6. *Cod. de pignorib.* In summa debiti computabitur etiam id, quod propter possessiones pignori datas ad collationem viarum muniendarum, vel quodlibet aliud necessarium obsequium praestitisse creditorem constiterit.

14) Angef. Erörterung §. 17. u. 18.

15) Syst. des Pand. Rechts 2. B. §. 646.

16) Röm. Privatrecht 1. B. §. 294.

17) Pfandrecht S. 44.

18) *L.* 8. §. 5. *D. de pign. act.* Cum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob caetera quoque, veluti usuras, et *quae*

Was in dem Falle gilt, wenn ein Pfandrecht durch Vertrag bestellet worden ist, ist auch Rechtens, wenn es auf andere Art, es sey durch das Gesetz selbst, oder vom Richter durch Immission bestellet worden ist. Denn immer geht der Zweck der Pfandbestellung dahin, daß der Gläubiger seiner Forderung wegen vollkommen gesichert sey, und deswegen seine völlige Befriedigung erhalte. Sie kann daher nicht blos auf die Hauptschuld eingeschränkt werden [20]).

II. Dem Gegenstande nach, erstreckt sich die Wirkung des Pfandrechts nicht blos auf die verpfändete Hauptsache, sondern auch auf deren Zubehörung, und selbst auf die nachher noch hinzugekommene Vermehrung [21]). Dahin gehören die Früchte der verpfändeten Sache, welche zur Zeit der angestellten Pfandklage noch hängen, oder erst nach der Einlassung gezogen worden sind. Diese sind dem Pfandrecht unbedingt, die vor der Klage percipirten aber nur insofern unterworfen, als sie noch wirklich vorhanden sind, und die Hauptsache zur Befriedigung des Gläu-

in id impensa sunt. Allein das Gesetz setzt hier Zinsen und Kosten in eine Classe, und spricht von einem Gläubiger, der das Pfand in Händen hat.

19) S. den 14. Th. dieses Commentars §. 866. S. 67.

20) Anderer Meinung ist zwar Ferd. Aug. Meißner vollst. Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte. 1. Th. §. 14. Allein man sehe dagegen Schweppe Röm. Privatrecht §. 300. a. E. und Gesterding. §. 3. S. 51.

21) *Franc.* BALDUINUS de pignoribus et hypoth. Cap. 10. und VOET Comm. h. t. §. 3. et 4.

Gläubigers nicht hinreicht [22]). Ferner der Zuwachs des verpfändeten Grundstücks durch Alluvion [23]); auch der Nießbrauch, wenn er nach dem Tode des Usufructuars wieder mit der verpfändeten Proprietät vereiniget wird [24]). Ist ferner eine area verpfändet, so hat der Gläubiger auch ein Pfandrecht auf dem darauf gesetzten Gebäude [25]), so wie bey einem verpfändeten Gebäude sich das Pfandrecht auch mit auf den Boden erstreckt [26]). Dahingegen ist das Geld, welches aus dem Verkaufe einer verpfändeten Sache gelöset worden ist, dem Pfandrechte des Gläubigers eben so wenig unterworfen, als das, was wieder mit diesem Gelde angeschafft worden ist [27]). Denn die Regel pretium in locum rei et res in locum pretii succedit, findet hier nicht Statt.

III. In Absicht auf den Schuldner besteht die Wirkung des Pfandrechts darin.

1) Er bleibt, der Verpfändung ungeachtet, Eigenthümer der verpfändeten Sache. Denn das Pfand soll

22) *L.* 1. §. 2. *D. de pign. act. L.* 16 §. 4. *D. eod. L.* 3. *Cod. In quib. caus. pignus. L.* 1. *Cod. de distract. pignor.* VOET c. l. §. 3. Westphal Pfandrecht. §. 17. und Thibaut System des Pandectenrechts §. 646.

23) *L.* 16. *pr. D. de pignorib. L.* 18. §. 1. *D. de pignerat. actione.*

24) *L.* 18. §. 1. *D. de pigner. act.*

25) *L.* 16. §. 2. *D. h. t.*

26) *L.* 21. *D. de pigner. act. L.* 29. §. 2. *D. de pignorib.*

27) *L.* 1. *D. de distr. pign. L.* 7. §. 1. *in fin. D. Qui potior. in pign. L.* 3. *Cod. In quib. caus pign. vel hyp. tacite contrah.* VOET h. t. §. 5. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. T. II. §. 1168.

nur zur Sicherheit des Gläubigers dienen[28]). Er kann sich daher a) gegen jeden unrechtmäßigen Besitzer, selbst sogar gegen den Gläubiger, wenn dieser sich den Besitz des Pfandes, bey einer blos bestellten Hypothek, widerrechtlich anmaßt, der Reivindication bedienen[29]). Nach einer Verordnung des Kaisers Gordian[30]) scheint es zwar, daß die Vindication nur unter der Voraussetzung Statt finde, wenn der Gläubiger zuvor befriediget worden ist[31]). Es heißt nämlich: Si dominium eius possessionis, quae pignori data esset, a debitrice domina ad te translatum est, eamque postea creditor vel eius heredes detinere coeperunt: *vindica eam rem*, Praeside provinciae curante, *ut fructuum deducta ratione, residuoque a te oblato, si fuerit satisfactum, ea possessio tibi reddatur.* Allein es ist diese Verordnung offenbar von einem solchen Falle zu verstehen, wo dem Gläubiger der Besitz des Grundstücks zu seiner Befriedigung war eingeräumt worden. So wenig also hier die Schuldnerin selbst das Grundstück mit der actio pigneratitia eher hätte zurückfordern können, als bis der Gläubiger seine Befriedigung erhalten hat; eben so wenig konnte solches auch der neue Eigenthümer desselben, dem das verpfändete Grundstück, wie es in den Basiliken[32]) heißt, war geschenkt worden, unter einer andern Voraus-

28) L. 35. §. 1. *D. de pign. act.*

29) Westphal Pfandrecht §. 15. und Not. 29.

30) *L. 9. Cod. h. t.*

31) Eben dieses behauptet auch Gesterding im Pfandrecht §. 20. S. 128.

32) Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 2. Const. 46. pag. 44.

ausſetzung, vindiciren [33]). Bey einer Hypothek aber gehört der Beſitz der verpfändeten Sache dem Schuldner, und der Gläubiger kann ihn nicht eher zu ſeiner Befriedigung verlangen, als wenn der Schuldner in mora solvendi iſt [34]). b) Dem Schuldner gehören auch die Früchte des Pfandes, ſofern er ſie nicht dem Gläubiger ausdrücklich oder ſtillſchweigend überlaſſen hat [35]). Er muß aber auch, als Eigenthümer, die Unglücksfälle tragen [36]). c) Der Schuldner behält ferner das Recht, die verpfändete Sache zu veräuſſern, ohne daß dazu die Einwilligung des Gläubigers erfordert wird [37]). Denn die Veräuſſerung iſt dem Gläubiger nicht nachtheilig, weil ſie unbeſchadet ſeines Rechts geſchieht. Res enim cum sua causa transit [38]). Ausnahmen finden jedoch ſtatt, 1) wenn der Gläubiger mit dem Schuldner den Vertrag geſchloſſen hat, daß letzterer das Pfand oder die Hypothek nicht verkaufen ſolle. Ein ſolches pactum, *ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus*, hat nach *L.* 7. §. 2. *D. de distract. pignor.* die Wirkung, daß die demſelben

33) S. CUJACIUS Recitat. ad Cod. h. L. und *Hug.* DONELLUS Comm ad Cod. h. L.

34) *L.* 5 7. *et* 8. *Cod. de distract. pignor.*

35) *L.* 23. *pr. D. h. t. L.* 8. *D. In quib. caus. pignus vel hyp contrah.*

36) *L.* 21. §. 2. *D. de pignor. L.* 5. *Cod. de pigner. act. L.* 6. 8. *et* 9. *Cod. eodem.*

37) *L.* 15. *Cod. de pignor. et hyp. L.* 12. *Cod. de distract. pignor. L.* 10. *Cod. de remiss. pignor. Nov. CXII. cap.* 1.

38) *L.* 18. §. 2. *D. de pigner. act.*

selben zuwider geschehene Veräusserung ipso iure nichtig ist [39]). Auch wollen 2) die Gesetze die Veräusserung einer besonders verpfändeten beweglichen Sache als Diebstahl behandelt wissen, obwohl nicht zu ersehen ist, daß deswegen die Veräusserung selbst ungültig seyn solle [40]); und 3) einen speciell verpfändeten Sklaven durfte ebenfalls der Schuldner nicht freylassen; obwohl bey einer allgemeinen Verpfändung des ganzen Vermögens einzelnen darin begriffenen Sklaven die Freyheit mit der Wirkung geschenkt werden konnte, daß kein Pfandrecht weiter an ihnen haftete [41]).

2) Wenn auch der Schuldner den Besitz des Pfandes auf den Gläubiger übertragen hat, so wird dennoch eine angefangene Utucapion dadurch nicht gehindert, sondern der Schuldner wird in Rücksicht derselben juristisch eben so behandelt, als ob er noch Besitzer wäre [42]). Ein Anders ist,

39) Viele legen zwar der *L.* 7 §. 2. *D. de distr. pignor.* einen andern Sinn bey, und halten die Lesearт für unrichtig. Allein die Richtigkeit derselben ist schon an einem andern Orte dieses Commentars Th. 16. §. 976. S. 57. ff. ausser Zweifel gesetzt worden.

40) *L.* 66. *pr. D. de furt.* Si is, qui rem pignori dedit, vendiderit eam: quamvis dominus sit, *furtum facit*, sive eam tradiderat creditori, sive *speciali pactione tantum obligaverat*, idque et IULIANUS putat. Man vergleiche noch *L.* 19. §. 6. *D. de furtis* und Gesterding §. 20. S. 125. f.

41) *L.* 3. *Cod de Servo pignori dato manumisso.*

42) *L.* 1. §. 15. *L.* 36. *D. de acquir. vel amitt. poss. L.* 16. *D. de Usurpat. et usucap. L.* 33. §. 4. *D. eod.* S. von Savigny Recht des Besitzes. §. 24. S. 281. f.

Franc.

ist, wenn der Gläubiger nachher Eigenthümer der ihm zum Pfande gegebenen Sache wird, z. B. der Eigenthümer hat ihn zum Erben eingesetzt. Hierdurch erlischt der Pfandcontract, und die Usucapion wird unterbrochen [43]).

Endlich soviel IV. noch die Wirkung des Pfandrechts in Beziehung auf den Gläubiger anbetrifft, so erhält dieser überhaupt ein dingliches Recht, vermöge dessen ihm die verpfändete Sache zum Zweck seiner Befriedigung, und zwar, wenn die Sache aus mehreren Stücken besteht, die gesammten Pfandstücke bis dahin, daß seine Forderung völlig getilgt ist, verhaftet bleiben [44]). Der Besitz kommt zwar dem Verpfänder zu, wenn er ihn nicht auf den Gläubiger übertragen hat; ist aber dieses geschehen, so erlangt hierdurch der Faustpfandgläubiger einen wahren juristischen Besitz, der ihm das Recht zu Interdicten giebt [45]); er kann dann auch, wie jeder andere Besitzer, die Sache vermiethen; und dieses kann selbst an den Schuldner geschehen, obgleich dieser Eigenthümer ist. Denn der Pacht besteht, als eine locatio possessionis.

Franc. DUARENUS Comm. in L. 1. §. 15. D. de acquir. vel amitt. possess. *Oper.* pag. 626. GALVANUS de Usufructu Cap. 33. pag. 456. *edit. Tübing.*

43) *L.* 29. *D. de pignerat. act. L.* 33. §. 5. *D. de usurpat. et usucap.*

44) *L.* 65. *D. de evict. L.* 3. *Cod. de negot. gest.*

45) *L.* 35. §. 1. *D. de pign. act. L.* 37. *D. eodem. L.* 37. *pr. D. de acquir. rer dom. L.* 16. *D. de usurpat. L.* 37. *L.* 40. *pr. D. de acquir. vel amitt. poss. L.* 15. §. 2. *D. Qui satisdare cogantur.* von Savigny a. a. O. 24. Schweppe Röm. Privatrecht 1. Band §. 297.

nis[46]). Allein der Besitz des Faustpfandgläubigers ist kein Civilbesitz in dem Sinn, daß er die ihm verpfändete Sache usucapiren könnte. Pignori rem acceptam usu non capimus, sagt Paulus *L.* 13. *pr. D. de Usurpat. et Usucap.* quia *pro alieno* possidemus[47]); er eignet sich also mehr zu einem natürlichen Besitz[48]), oder, wie Herr Prof. Zachariä[49]) sagt, er ist ein unvollkommener juristischer Besitz, welcher ihn jedoch vermöge der bekannten Verordnung des Kaisers Gordian in der *L. un. Cod. Etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse* berechtiget, die Sache, auch wegen jeder andern, als der Pfandschuld, dem Verpfänder vorenthalten zu dürfen[50]), wenn ihm auch wegen derselben kein Klagerecht zustünde[51]). Bey Hypotheken ist die Erlangung des Besitzes durch die mora des Schuldners bedingt, wes-

46) *L.* 23. *pr. D. h. t. L.* 37. *D. de pignerat. act. L.* 37. verbunden mit *L.* 28. *D. de acquir. vel amitt. possess.*

47) *L.* 13. §. 1. *D. de public. in rem act.*

48) *L.* 3. §. 15. *D. ad exhibendum.*

49) Institutionen des Röm. Rechts. (Breslau 1816.) S. 362.

50) S. den 15. Theil §. 937. S. 130. f. *Io. Ant.* TILEMANN Disp. de retentione pignoris ob aliud debitum chirographarium. *Bremae* 1730. *Walth. Vinc.* WIESE Diss. de retentione pignoris tam ob eadem quam ob diversa debita. *Rostochii* 1780. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 2. B. § 648. Schweppe Röm. Priv. Recht 1. B. §. 292. Westphal Pfandrecht §. 10. Not. 22. Nun läßt sich ꝛc. S. 37. f. und Gesterding §. 21. S. 132. ff.

51) Weber syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 108.

weshalb dem Gläubiger sowohl possessorische als petitorische Rechtsmittel zustehen, wovon in der Folge gehandelt werden wird. Wegen Verzugs des Schuldners ist der Gläubiger auch befugt das Pfand zu verkaufen, und sich aus dem daraus gelöseten Gelde, seiner Forderung wegen, zu befriedigen, worauf Tit. 5. geht. Uebrigens ist von den Rechten und Pflichten des Pfandgläubigers schon an einem andern Orte [52]) ausführlicher gehandelt worden.

§. 1077.
Entstehung des Pfandrechts.

Ein Pfandrecht kann auf verschiedene Art entstehen. I. Durch den Willen desjenigen, dessen Sachen demselben unterworfen werden. Man nennt ein solches Pfandrecht ein freywilliges, *pignus voluntarium*, und dieses wird entweder A) durch Vertrag bestellet, *pignus conventionale*, und zwar entweder mittelst einer in Gefolge desselben geschehenen Uebergabe, — Pfandcontract; oder ohne Tradition, Hypothekvertrag [53]). Sieht man auf die Bestellungsart eines Conventionalpfandrechts, so kann der Verpfänder seinen Willen entweder durch solche Worte erklären, welche geradezu auf ein zu ertheilendes Pfandrecht gerichtet sind, oder er kann ihn durch Worte oder Handlungen zu erkennen geben, welche blos auf ein zu ertheilendes Pfandrecht schliessen lassen, insofern sie nämlich von der Art sind,

52) S. den 14. Th. dieses Commentars §. 866. und §. 867.

53) *L.* 1. *D. de pigner. act.* Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est.

sind, daß sich dabey keine andere Bedeutung und Absicht annehmen läßt, als die, daß die Sache verpfändet seyn solle. In dieser Hinsicht unterscheidet man ein ausdrückliches und stillschweigendes Conventional-Pfandrecht[54]). Es wird davon §. 1082. ausführlicher gehandelt werden. Dem Conventional-Pfandrecht ist noch eine andere Eintheilung eigen, welche sich auf die Verschiedenheit der darüber errichteten Beweisurkunde bezieht. Man theilt hiernach das Pfandrecht in ein öffentliches und Privatpfandrecht ein, je nachdem die Bestellung desselben entweder aus einer öffentlichen, oder einer solchen Urkunde erwiesen werden kann, welche in dieser Sphäre einer öffentlichen gleich zu achten ist, oder sich auf eine bloße Privaturkunde gründet. Nach einer Verordnung des Kaisers Leo[55]) soll ersteres einen Vorzug vor dem letztern haben. Davon weiter unten §. 1081.

B) Das pignus voluntarium wird durch eine letzte Willensverordnung des Schuldners bestellt. *Pignus testamentarium.* Ulpian gedenkt desselben *L. 26. pr. D. de pign. act.* wo er sagt: Testamento quoque pignus constitui posse, Imperator noster cum Patre saepissime rescripsit. Daß jedoch die Kaiser Severus und Antoninus für die Urheber dieser Art der Verpfändung zu halten seyen, wie Westphal behauptet[56]), ist nicht zu glauben, weil die Kaiser durch ihre Rescripte kein

54) *L. 4. D. h. t. L. ult. Cod. Quae res pignori.* Gesterding Pfandrecht §. 13.

55) *L. 11. Cod. Qui potiores in pignore.*

56) Pfandrecht §. 35. Not. 56.

kein neues Recht einzuführen pflegten[57]). Es war aller Wahrscheinlichkeit nach schon früher bekannt[58]). Denn ehe Justinian[59]) ein Pfandrecht zur Sicherung der Vermächtnisse gesetzlich einführte, war es nicht ungewöhnlich, daß der Testirer den Legatarien zur Sicherheit ihrer Vermächtnisse im Testament ein pignus constituirte[60]), entweder an Sachen, die sie von dem Testator noch in Besitz hatten, oder auch an bestimmten Sachen der Erbschaft, welche der Erbe den Legatarien einstweilen als ein Pfand aushändigen sollte; weshalb ihnen denn die actio personalis ex testamento gegen den Erben zustand; so wie sie hingegen in dem ersten Falle sich mit der exceptio doli mali gegen den Erben schützen konnten[61]). Eine solche Ablieferung war jedoch in der Folge nicht mehr nöthig, nachdem durch das Edict des Prätors, und durch Interpretation das dingliche Recht der Hypothek eingeführt wurde. Ueberhaupt aber ward diese Vorsorge des Testirers durch jene Constitution des Kaisers Justinian, nach

57) S. meine Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts. §. 10. S. 67.

58) S. *Io. God.* MÜLLER Histor. iuris civ. de pignoribus. §. 12.

59) *L. 1. Cod. Communia de legatis et fideicommissis.*

60) Beyspiele enthalten *L. 9. D. de annuis legatis* und *L. 12. D. de alimentis vel cibar. legat.* Justinian sagt es selbst *L. 1. Cod. Communia de legatis.* Cum enim iam hoc iure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento, quibus voluerit, dare.

61) *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. *Reliquum est.* Tom. II. *Operum* pag. 446.

nach welcher sich das Pfandrecht der Legatarien an dem Erbtheil dessen, der ein Legat entrichten sollte, nun von selbst verstand, unnöthig[62]). Allein ist gleich dadurch der Gebrauch des testamentarischen Pfandrechts sehr vermindert, so ist er doch nicht aufgehoben worden, sondern es kann noch immer zur Sicherung einer Forderung bestellt werden, die derjenige schon hat, dem das Pfandrecht vermacht wird[63]). Ja es kann selbst in dem Falle, da es einem Legatar, in Rücksicht seines Vermächtnisses, bestellet worden ist, der gesetzlichen Hypothek ungeachtet, von Nutzen seyn, weil es, wie das vom Erblasser bey Lebzeiten bestellte Pfandrecht, nicht eher an dem Antheile irgend eines der Erben aufgehoben wird, als bis der Gläubiger wegen des Ganzen befriediget ist[64]). Ein testamentarisches Pfandrecht kann aber nicht nur im Testament, sondern auch in Codicillen bestellt werden, und zwar nicht bloß in bestätigten, wie Anton Faber[65]) behauptet, sondern nach dem neuern Recht unstreitig auch in unbestätigten Codicillen[66]). Noch muß ich bemerken, daß

62) S. *Io. Th.* SEGER Historia iuris civ. de pignoribus tacite contractis. (*Lipsiae* 1772.) §. 18.

63) *Christ. Henr.* BREUNING de legati hypothecae rei immobilis usu hod. *Lips.* 1773. Gesterding Pfandrecht §. 14.

64) *Herm.* BECKER Prolus. de actione hypothecaria legatariis ex L. 1. Cod. Commun. de legatis contra coheredes competente non ipso iure divisa. *Rostochii* 1768. und Schweppe Röm. Privatrecht. 3. B. §. 853.

65) Rational. in Pand. ad L. 26. pr. D. de pign. act.

66) S. Westphal a. a. O. Not. 56.

daß neuerlich[67]) die Eintheilung des Pfandrechts in ein vertragsmäßiges und testamentarisches als unrichtig, oder doch als unnütz hat verworfen werden wollen, weil nicht das Testament, sondern der Quasi-Contract der Erbschaftsantretung der wahre Grund des so genannten testamentarischen Pfandrechts sey. Durch diesen Quasicontract würden alle einseitigen und an sich unverbindlichen Dispositionen des Testirers in Stipulationen des Erben verwandelt. Dieser schließe daher durch Antretung der Erbschaft auch von selbst ein wahres pactum hypothecae mit demjenigen ab, den der Testirer wirklich oder nach einer gesetzlichen Fiction ein Pfandrecht ertheilt wissen wollte. Das testamentarische Pfandrecht unterscheide sich also in nichts von demjenigen, welches aus einem ausdrücklichen zwischen dem Erben und Legatar abgeschlossenen Pfandvertrage entsteht. Allein diese Ansicht läßt sich mit den angeführten Gesetzen, welche vom testamentarischen Pfandrecht handeln, nicht füglich vereinigen. Diese betrachten das pignus testamentarium als eine Art von Legat. Hat nun der Testirer solches auf seinen eigenen Gütern vermacht, wie die angeführten Gesetze voraussetzen, so muß es, nach der Natur solcher Vermächtnisse, welche von dem Legatar auf seine Erben transmittirt werden, auch sogleich mit dem Tode des Testirers seine Bestätigung erhalten[68]), und also auch gleich nach dem

67) S. Ferd. Aug. Meißner vollst. Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht §. 3. und §. 178. S. 467.

68) *L. un. Cod. de caducis tollend.* S. VOET Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 2. §. 22. von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 79. S. 251 Bolley Lehre von öffentlichen Unter-

demselben auf den Gläubiger, zu dessen Gunsten es der Testirer verordnet hat, ipso iure übergehen. Denn daß auch das testamentarische Pfandrecht, so wie jedes andere ohne Ausnahme, als ein dingliches Recht, auf die Erben des Gläubigers übergehe, bedarf wohl keines Beweises [69]). Wie läßt sich also wohl nur mit einigem Scheine behaupten, nicht das Testament, sondern der Quasicontract der Erbschaftsantretung sey der wahre Grund des testamentarischen Pfandrechts? Der Erbe ist zwar aus der Erbschaftsantretung quasi ex contractu verpflichtet, die Vermächtnisse zu entrichten, und solche, wo es dessen bedarf, den Legatarien auszuhändigen [70]). Allein bey dem Legat eines dinglichen Rechts bedarf es einer solchen Tradition vel quasi gar nicht. Hier geht das Recht nach dem Tode des Testirers von selbst auf den Legatar über, nachdem Justinian *L. 1. Cod. Communia de legatis* den Unterschied der Formeln bey Vermächtnissen aufgehoben hat. Also nicht die Erwerbung, sondern allenfalls die Wirksamkeit des Rechts hängt von der Antretung der Erbschaft ab, weil, wenn dieselbe nicht erfolgt, der Anfall des Vermächtnißes rückwärts vernichtet wird.

Anders verhält sich freylich die Sache, wenn der Testirer seinem Gläubiger auf dem Vermögen des Erben ein Pfandrecht verordnet hätte. Denn da hier von dem Testirer die Pfandbestellung nicht gültig geschehen ist, so kann auch das Pfandrecht erst von der Zeit, da es wirklich

terpfändern §. 121. HOFACKER Princip iuris civ. Rom. Germ. T. II. §. 1185. Gesterding Pfandrecht §. 14.

69) von Smelin Ordn. der Gläubiger § 89.

70) §. 5. *I. de obligat. quae quasi ex contractu.*

lich von dem Erben nach dem Willen des Testirers bestellt worden ist, seinen Anfang nehmen, obwohl freylich diese Bestellung von dem Erben, welcher die Erbschaft angetreten hat, und deswegen quasi ex contractu den Willen des Erblassers zu erfüllen schuldig ist, mit der actio personalis ex testamento gefordert werden kann[71]).

Uebrigens kann das testamentarische Pfandrecht eben so, wie das conventionelle, nicht nur ein ausdrückliches, sondern auch ein stillschweigendes seyn, in sofern sich nämlich ein solches Pfandrecht aus der Willensverordnung des Testators mit Sicherheit schließen läßt. Z. B. ich habe ein Haus von dem Erblasser, der mir schuldig ist, gemiethet, statt der Zinsen genieße ich die Bewohnung desselben, nun verordnet er in seinem Testament, daß ich das Haus verkaufen dürfte, wenn bis an seinen Tod die Schuld nicht getilgt seyn würde; oder es vermacht mir Jemand eine jährliche Einnahme aus einem gewissen Grundstück, hier habe ich ein stillschweigendes testamentliches Pfandrecht auf diesem Grundstück[72]).

II. Das Pfandrecht wird ohne den Willen des Schuldners bestellt. Ein nothwendiges Pfandrecht,

71) *Christ. Gottl.* GMELIN Commentat. iur. civ. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. *Ulmae* 1778. § 66. Mehrere leiten jedoch den Anfang der Gültigkeit eines solchen Pfandrechts schon von der Zeit her, da der Erbe die Erbschaft angetreten hat. MERLINUS Tr. de pignorib. et hyp Lib. II. Tit. I. Qu. 16. nr 2. BACHOVIUS de pignorib. Lib. I. c. 7. in fin. et Lib. II. cap. 3. nr. 3. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1185. not. b. und Gesterding Pfdrecht. §. 14.

72) Höpfner Commentar über die Institutionen §. 714. a. E.

demselben auf den Gläubiger, zu dessen Gunsten es der Testirer verordnet hat, ipso iure übergehen. Denn daß auch das testamentarische Pfandrecht, so wie jedes andere ohne Ausnahme, als ein dingliches Recht, auf die Erben des Gläubigers übergehe, bedarf wohl keines Beweises [69]). Wie läßt sich also wohl nur mit einigem Scheine behaupten, nicht das Testament, sondern der Quasicontract der Erbschaftsantretung sey der wahre Grund des testamentarischen Pfandrechts? Der Erbe ist zwar aus der Erbschaftsantretung quasi ex contractu verpflichtet, die Vermächtnisse zu entrichten, und solche, wo es dessen bedarf, den Legatarien auszuhändigen [70]). Allein bey dem Legat eines dinglichen Rechts bedarf es einer solchen Tradition vel quasi gar nicht. Hier geht das Recht nach dem Tode des Testirers von selbst auf den Legatar über, nachdem Justinian *L.* 1. *Cod. Communia de legatis* den Unterschied der Formeln bey Vermächtnißen aufgehoben hat. Also nicht die Erwerbung, sondern allenfalls die Wirksamkeit des Rechts hängt von der Antretung der Erbschaft ab, weil, wenn dieselbe nicht erfolgt, der Anfall des Vermächtnißes rückwärts vernichtet wird.

Anders verhält sich freylich die Sache, wenn der Testirer seinem Gläubiger auf dem Vermögen des Erben ein Pfandrecht verordnet hätte. Denn da hier von dem Testirer die Pfandbestellung nicht gültig geschehen ist, so kann auch das Pfandrecht erst von der Zeit, da es wirklich

terpfändern §. 121. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. II. §. 1185. Gesterding Pfandrecht §. 14.

69) von Gmelin Ordn. der Gläubiger § 89.

70) §. 5. *I. de obligat. quae quasi ex contractu.*

lich von dem Erben nach dem Willen des Testirers bestellt worden ist, seinen Anfang nehmen, obwohl freylich diese Bestellung von dem Erben, welcher die Erbschaft angetreten hat, und deswegen quasi ex contractu den Willen des Erblassers zu erfüllen schuldig ist, mit der actio personalis ex testamento gefordert werden kann[71]).

Uebrigens kann das testamentarische Pfandrecht eben so, wie das conventionelle, nicht nur ein ausdrückliches, sondern auch ein stillschweigendes seyn, in sofern sich nämlich ein solches Pfandrecht aus der Willensverordnung des Testators mit Sicherheit schließen läßt. Z. B. ich habe ein Haus von dem Erblasser, der mir schuldig ist, gemiethet, statt der Zinsen genieße ich die Bewohnung desselben, nun verordnet er in seinem Testament, daß ich das Haus verkaufen dürfte, wenn bis an seinen Tod die Schuld nicht getilgt seyn würde; oder es vermacht mir Jemand eine jährliche Einnahme aus einem gewissen Grundstück, hier habe ich ein stillschweigendes testamentliches Pfandrecht auf diesem Grundstück[72]).

II. Das Pfandrecht wird ohne den Willen des Schuldners bestellt. Ein nothwendiges Pfandrecht,

71) *Christ. Gottl.* GMELIN Commentat. iur. civ. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. *Ulmae* 1778. § 66. Mehrere leiten jedoch den Anfang der Gültigkeit eines solchen Pfandrechts schon von der Zeit her, da der Erbe die Erbschaft angetreten hat. MERLINUS Tr. de pignorib. et hyp Lib. II. Tit. I. Qu. 16. nr 2. BACHOVIUS de pignorib. Lib. I. c. 7. in fin. et Lib. II. cap. 3. nr. 3. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1185. not. b. und Gesterding Pfdrecht. §. 14.

72) Höpfner Commentar über die Institutionen §. 714. a. E.

recht, *pignus necessarium.* Dieses ist wieder von zweyerley Art. Es entsteht entweder durch unmittelbare Verordnung der Gesetze, oder es wird durch eine Verfügung des Richters bestellt. In jenem Falle wird es ein gesetzliches, *pignus legale*, oder auch ein stillschweigendes, *pignus tacitum*[73]), und zum Unterschiede von demjenigen, welches sich auf einen stillschweigenden Vertrag, oder letzten Willen gründet, ein gesetzliches stillschweigendes Pfandrecht genannt. In diesem aber ein richterliches Pfandrecht, *pignus iudiciale.* Dieses begreift wieder zwey ganz verschiedene Arten unter sich. Es wird nämlich dem Gläubiger entweder ohne Definitive Sentenz blos durch Einweisung in die Güter des Schuldners (missio in bona) bestellt, oder es entsteht durch Auspfändung, zur Vollstreckung eines rechtskräftigen Urtheils. Ersteres wird allein *pignus praetorium*[74]) ge-

73) In den Gesetzen wird es darum *pignus tacitum* genannt, weil man bey dessen ursprünglichen Einführung die Fiction einer stillschweigenden Einwilligung des Schuldners zu Hülfe nahm, wie aus *L. 4. pr. D. In quib causis pig. vel hyp. tacite contrahitur. L. 6. D. eodem. L. 2. et 3 Cod eodem. L. 4. D. de pactis.* erhellet. Daher wollen auch noch jetzt einige Rechtsgelehrten das gesetzliche Pfandrecht zu den freywilligen rechnen. S. Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfändern §. 3. und Meißner Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht §. 6.

74) *L. 26. D. de pign. act. L. 1. et 2. Cod. de praetorio pignore.* CUJACIUS Observation. Lib. V. cap 30. *Christ. Wilh.* KÜSTNER Diss. I de ritu pignorum capiendorum apud veteres Rom. praes. *Io. Aug.* ERNESTI def. *Lipsiae* 1742. et Diss. II. de ritu pignorum capiendorum in republica Rom. praes. *Car. Otto* RECHENBERG def. *Lipsiae* 1743.

genennt, weil es aus dem prätoriſchen Recht herrühret[75]), daher von denen, welche die Immißion erhalten haben, geſagt wurde, *ex Edicto possident*[76]). Letzteres heißt *pignus in causa iudicati captum*[77]). Gewöhnlicher aber wird dieſes Pfandrecht *pignus iudiciale* im eigentlichen Sinn genennt. Beyde Arten des richterlichen Pfandrechts unterſcheidet **Ulpian** ganz genau, wenn er *L.* 3. §. 1. *D. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt* ſagt: Pignori tamen capi iussu Magistratus vel Praesidis, vel alterius potestatis, et distrahi fundus pupillaris potest. Sed et in possessionem mitti rerum pupillarium a Praetore quis potest: et ius pignoris contrahitur sive legatorum servandorum causa, sive damni infecti: et ut procedat[78]), juberi etiam possideri poterit. Das *pignus in causa iudicati captum* ſcheint zwar mehr durch die Conſtitutionen, als durch das Edict des Prätors, ſein Daſeyn und Form erhalten zu haben, wie ſich aus *L.* 31.

75) *L.* 3. *Cod Ut in possession. legator.*

76) CICERO *Orat. pro* P. *Quinctio.* cap. 27.

77) Vid. *L.* 1. *Cod. Si in causa iudicati pignus captum.* Res ob causam iudicati datas eius iussu, cui ius iubendi fuit, pignoris iure teneri, ac distrahi posse, saepe rescriptum est. *Christ. Wilh.* KÜSTNER Pignus in causa iudicati captum. *Lipsiae* 1744. und Weſtphal Pfandrecht §. 50.

78) *Petr.* DUIRSEMA Conjecturalium iuris civ. (*Groeningae* 1714.) Lib. II. cap. 5. §. 3 et 4. glaubt, es müſſe geleſen werden: *et, ut Praetor procedit.* CUJACIUS Observat. Lib. II. c. 36 et Lib. XVII. c. 23. glaubt hingegen, man müſſe bey procedat das Wort *usucapio* oder *dominium* hinzuſetzen.

L. 31. *D. de re iudicata* ersehen läßt; daß es aber doch dem Edict nicht ganz unbekannt gewesen sey, läßt sich gewissermaßen aus *L.* 4. §. 3. *D. eodem.* schließen. Soll jedoch das *pignus praetorium* von Wirkung seyn, so muß derjenige, dem durch das richterliche Decret der Besitz zugesprochen ist, dadurch wirklich in den Besitz gekommen seyn. Ulpian erfordert dieses ausdrücklich, wenn er *L.* 26. §. 1. *D. de pign. act.* sagt: Sciendum est, ubi iussu Magistratus pignus constituitur, non alias constitui, *nisi ventum fuerit in possessionem.* Es war aber vor Justinian mit keiner dinglichen Klage verbunden, sondern der Prätor schützte blos den, welcher ein solches Pfandrecht erhalten hatte, in dem Besitz durch ein Interdict, wie aus dem Titel der Pandecten: *Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit* (Lib. XLIII. Tit. 4.) erhellet. Erst Justinian verordnete, *L.* 2. *Cod. de praetorio pignore*, daß das prätorische Pfandrecht mit dem conventionellen gleiche Kraft und Wirkung haben sollte. Von beyden Arten des richterlichen Pfandrechts wird §. 1031. noch ausführlicher gehandelt werden. Jetzt bemerke ich nur noch im Allgemeinen, daß sich das nothwendige Pfandrecht von dem freywilligen besonders noch darin unterscheide, daß es auch auf den Gütern solcher Personen Statt findet, welcher sonst die Fähigkeit nicht haben, ein pignus voluntarium zu bestellen, z. B. auf den Gütern der Pupillen und Minderjährigen, wie die oben angeführte *L.* 3. §. 1. *D. de reb. eorum, qui sub tut. vel cura* lehrt. Es gilt aber dieses nicht nur von einem richterlich bestellten, sondern auch von einem gesetzlichen Pfandrecht, wenn nur das Hauptgeschäft, welches die Forderung des Gläubigers

bigers begründet, an sich gültig abgeschlossen worden ist [79]). Das prätorische Pfandrecht unterscheidet sich auch noch von einem conventionellen darin, daß die missio in bona wenigstens ex primo decreto dem Gläubiger keinen eigentlichen juristischen Besitz, sondern eine bloße Detention custodiae causa giebt, welche aber keine possessorischen Interdicte begründet [80]).

Ob nicht auch durch Verjährung ein Pfandrecht erworben werden könne? ist eine Frage, worüber besonders in neueren Zeiten viel gestritten worden ist. Man denke sich den Fall, der Schuldner habe dem Gläubiger eine fremde Sache ohne Wissen und Einwilligung des Eigenthümers zum Pfande gegeben, der Gläubiger habe sie in der Meinung, sie sey ihm rechtmäßig verpfändet, zehen Jahre unter Gegenwärtigen oder zwanzig unter Abwesenden besessen. Die ältern Rechtsgelehrten Negusantius [81]), Merlinus [82]) und Bachov [83]) läugnen, daß der Gläubiger dadurch ein Pfandrecht erworben habe. Ihnen widersprachen jedoch unter den neuern Christ. Gottl. Gmelin [84]) und Joh. Lud. Schmidt [85]). Allein ihre Grün-

79) HUBER Praelect. in Pand. Lib. XX. Tit. 2. §. 9. Gesterding S. 86.

80) *L.* 3. §. 23. *L.* 10. §. 1. *D. de acquir. vel amitt. possess.* *L.* 3. §. 8. *D. Uti possidetis.* S. von Savigny Recht des Besitzes §. 23. S. 267. f. u. §. 24. S. 275. und Zachariä Institutionen des Röm. Rechts S. 350. Anmerk. **).

81) Tr. de pignor. et hypoth. P. II. Memb. III. nr. 58.

82) Tr. de pignorib. et hypoth. L. II. Tit. I. Qu. 2. nr. 38.

83) De pignorib. et hypoth. Lib. II. Cap. 3 nr. 2. pag. 100.

84) Comm. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. §. 23. p. 74 sq.

85) Oeffentliche Rechtssprüche Jena 1777. Nr. LXVIII. §. 5.

de wurden in einer unter Johann Baptista Bernhard Wankels Namen erschienenen Inaugural Dissertation[86]), widerlegt, und die Meinung jener ältern Rechtsgelehrten noch mit mehreren Gründen unterstützt. Ernst Gottfried Schmidt[87]) unternahm zwar dagegen die Vertheidigung der neuern Meinung, und ihm stimmte auch Christoph Christian Dabelow[88]) bey; dennoch geben Thibaut[89]), Unterholzner[90]) und Zachariä[91]) der Meinung der ältern Rechtsgelehrten mit Recht den Vorzug. Denn 1) von einer Usucapion des Pfandrechts findet sich nirgends die geringste Spur in dem römischen Recht. Sie konnte auch, als eine blos civilrechtliche Erwerbungsart, auf ein Institut des prätorischen Rechts, ohne dem Geist des Röm. Rechts zu nahe zu treten, um so weniger ausgedehnt werden, da man nicht einmal eine Usucapion bey Servituten gestattete; und die vom Justinian blos für bewegliche Sachen, nach dem Muster der alten Usucapion, eingeführte Verjährung von drey Jahren paßt vollends nicht auf sie. Eben so wenig kann aber auch 2) durch die longi temporis praescriptio ein Pfandrecht gegen den Eigenthümer erworben werden, welches durch die hypothe-

86) Diss. de pignore usucapto. *Giessae* 1786. 4.

87) Der Erwerb des Pfandrechts durch die Verjährung erwogen. Jena 1788. 4.

88) Ueber die Verjährung 1. Th. Halle 1805. §. 97. S. 439.

89) Ueber Besitz und Verjährung §. 37. S. 116. und System des Pandect. Rechts 2. B. §. 1032.

90) Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz. Breslau 1815. §. 6. Abschn. 2. und §. 43. Abschn. 6.

91) Institutionen des Röm. Rechts S. 351.

pothekarische Klage verfolgt werden könnte. Denn auch dafür haben wir kein Gesetz. Zwar kann der Gläubiger, wenn er sich dreyßig Jahre im ungestörten Besitz des Pfandes befunden hat, von dem Eigenthümer daraus nicht vertrieben werden, sondern sich gegen die Ansprüche desselben mit der Einrede der Verjährung schützen, bis er seine Befriedigung erhalten hat [92]). Allein theils ist dieses eine blos erlöschende Verjährung, welche dem Gläubiger kein dingliches Recht giebt, theils läßt sich eben daraus mit vollkommenem Grunde schließen, daß gerade dieses Schutzmittel das Einzige seyn sollte, was von dem Gläubiger durch Zeitablauf gegen den Eigenthümer erworben werden könnte, dem sonst eigentlich die ohne sein Wissen und Willen geschehene Verpfändung seiner Sache zu keinem Nachtheil gereichen soll [93]). Hierzu kommt noch, daß wenn die hypothekarische Klage gegen den dritten Besitzer angestellt wird, außer der geschehenen Verpfändung, auch das Eigenthum dessen erwiesen werden muß, der dem Kläger das Pfandrecht bestellt hat. Daher sagt die *L. 6. Cod. Si aliena res pignori data sit*, quod *Serviana* etiam *actio* declaret evidenter, iure pignoris teneri non posse, *nisi quae obligantis in bonis fuerint*: et per alium rem alienam invito domino pignori obligari non posse, certissimum est.

Zur gültigen Bestellung eines pignus voluntarium wird übrigens erfordert, daß der Verpfänder nicht nur Eigenthümer sey, sondern auch die freye Verwaltung seines Vermögens habe. Er muß also.

1. Ei-

92) *L. 3. et 4. Cod. de praescript. 30. vel 40. annorum.*

93) *L. 1. 2. 4. 6. et 8. Cod. Si aliena res pignori data sit.*

I. Eigenthümer der Sache seyn, dann gilt das Pfandrecht, wenn er auch schon vorher einem Andern dieselbe Sache verpfändet[94]) oder das Eigenthum einem Andern, dem er z. B. die Sache vorher geschenkt hatte, zu übertragen versprochen haben sollte, wenn nur die Verpfändung noch vor der Uebergabe geschehen war[95]). Hat der Verpfänder nur ein widerrufliches Eigenthum, so dauert das Pfandrecht des Gläubigers doch immer wenigstens so lange, bis das Recht des Verpfänders aufhört. Ja es erlischt auch denn nicht einmal immer, wofern nicht das Recht des Verpfänders rückwärts so aufgelößt wird, als ob er es nie gehabt hätte[96]). Z. B. Wenn der

94) Zwar ist die Wirkung des Pfandrechts in Ansehung des erstern Pfandgläubigers, so lange derselbe seine Befriedigung noch nicht erhalten hat, beschränkt, allein in Ansehung eines jeden Andern, der nicht etwa das Pfand von dem erstern Pfandgläubiger gekauft hat, übt der zweyte Pfandgläubiger alle Rechte einer gültigen Hypothec aus. *L. 12. pr. et §. 7. D. Qui potiores in pignore. L. 15. §. 2. D. de pignorib.*

95) *L. 35. §. 1. D. de donat.* Lucius Titius fundum Maeviae donavit, et ante traditionem eundem fundum post dies paucos Sejo pignori obligavit, et intra dies triginta Maeviam in vacuam possessionem eiusdem fundi induxit. Quaero an donatio perfecta sit? Respondit, secundum ea, qua proponerentur, perfectam; *verum creditorem firmam pignoris obligationem habere.*

96) S. GMELIN Commentat. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. §. 6. VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. II. c. 5. *Io Paul.* TRUMMER Diss de effectu hypothecae post resolutum dominium constituentis. *Lipsiae* 1749. und Heinr. Ernst Ferd. Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfändern §. 31.

der Verpfänder die verpfändete Sache unter der Bedingung gekauft hätte, daß er sie dem Verkäufer wieder zurückgeben dürfe, wenn sie ihm nicht mehr gefällt, so erlischt das auf der Sache dem Gläubiger bestellte Pfandrecht nicht, wenn auch nachher der Verpfänder die Sache dem Verkäufer wieder zurückgiebt; hatte er aber die Sache unter der resolutive Bedingung der addictio in diem gekauft, und er muß die Sache nun dem bessern Käufer abtreten, so hört mit seinem Eigenthume auch das Pfandrecht auf. Hat der Verpfänder nur ein prätorisches Eigenthum, wie der bonae fidei possessor, dem der Prätor die Publicianische Klage giebt, so ist das Pfandrecht zwar nicht gegen den wahren Eigenthümer, wohl aber gegen jeden Dritten, der mit schwächerm Recht besitzt, wirksam, und der Gläubiger kann sich gegen einen solchen Besitzer des Pfandes der hypothekarischen Klage mit eben der Wirkung bedienen, mit welcher auch der Verpfänder selbst gegen ihn die actio Publiciana würde gebrauchen können[98]). Der Nichteigenthümer kann hingegen auf der frem-

97) *L.* 3. *D. Quid. mod. pignus vel hyp. solvitur.* Si res distracta fuerit sic, *nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset*, fueritque tradita, et forte emtor, antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libro 5. Digestorum ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata: quanquam ubi sic res distracta est, *nisi emtori displicuisset*, pignus finiri non putet. Add. *L.* 4. §. 3. *D. de in diem addict.*

98) *L.* 18. *D. de pignor.* Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi: sic tuetur me per Servianam Praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam. S. *Ant.* FABER de Errorib Prag-

fremder Sache kein Pfandrecht gültig bestellen. Zwar gilt die Verpfändung in so fern unter der Contrahenten, daß gegen den Schuldner, wenn er in dem Besitz der Sache ist, mit der actio hypothecaria auf Abtretung des Pfandes geklagt werden kann[99]; allein in Ansehung des Eigenthümers, ohne dessen Einwilligung sie geschehen ist, so wie in Ansehung des dritten Besitzers der Sache ist sie ungültig[100]). Der Gläubiger kann sich weder eines Retentionsrechts gegen den Eigenthümer bedienen, wenn dieser sein Eigenthumsrecht beweist[1]; noch auch die hypothekarische Klage gegen den dritten Besitzer mit Wirkung anstellen[2]), weil er das Eigenthum des Verpfänders beweisen muß[3]). Ausnahmen finden jedoch Statt,

1) wenn die Verpfändung der fremden Sache ausdrücklich nur unter der Bedingung geschehen ist, dafern der Schuldner das Eigenthum derselben noch verlangen würde. Hier ist die Verpfändung gültig; das Pfandrecht entsteht aber nicht eher, als wenn die Bedingung in Erfüllung geht; dann kann der Gläubiger alle Rechtsmittel eines solchen Pfandes mehr gebrauchen[4]).

2) Wenn

Pragmaticor. Dec. LXIII. Err. 6. und GMELIN cit. Comment. §. 42.

99) *L.* 21 §. 1. *D. de pignor.* S. den 14. Th. dieses Commentars §. 863. S. 28. Not. 83.

100) Vid. *tot. Tit. Cod. Si aliena res pignori data sit.* VIII 16. GMELIN Comm. cit. §. 13 et 14.

1) *L.* 6. *Cod. Si alien. res pign. dat. sit.*

2) *L. ult.* §. 2. *Cod. Communia de legatis.*

3) *L.* 15. §. 1. *D. de pignorib.*

4) *L.* 16. §. 7. *D. h. t.* Aliena res *utiliter* potest obligari sub

2) Wenn die Verpfändung zwar unbedingt geschahe, der Schuldner aber nachher noch das Eigenthum der Sache erwirbt. Hier gilt das Pfandrecht, wenn der Schuldner a) zur Zeit der Verpfändung schon ein persönliches Recht hatte, vermöge dessen er die Uebergabe der Sache von dem Eigenthümer fordern konnte[5]; und b) wenn zwar der Schuldner zur Zeit der Verpfändung an der Sache noch gar kein Recht hatte, der Gläubiger aber in bona fide war, d. h. es nicht wußte, daß ihm eine fremde Sache verpfändet worden sey. Denn hätte er dieses gewußt, so kommt ihm, wenn er im Besitz der Sache ist, zwar ein Retentionsrecht, ein Pfandrecht aber auf keine Weise zu[6].

Hat der Schuldner eine fremde Sache zu verschiedenen Zeiten unbedingt verschiedenen Personen verpfändet, und er erwirbt in der Folge das Eigenthum derselben, so wird nach Afrikans Meinung vor der Hand nur das Pfandrecht desjenigen Gläubigers gültig, dem die Sache zuerst verpfändet ward. Erst wenn dieser befriediget ist, wird das Pfandrecht des zweyten Gläubigers wirksam. Dieß setzt aber freylich voraus, daß der Schuldner

sub conditione, *si debitoris facta fuerit*. GMELIN Cit. Comment. §. 55. Bolley von öffentlichen Unterpfändern §. 52. und Gesterding Pfandrecht §. 9. S. 73.

5) *L. 1. pr. D. h. t. L. 3. §. 1. D. Qui potior. in pignore. L. 56 D. ad SCtum Trebellian.*

6) *L 1 pr. D. h. t. L. 41. pr. D. de pigner. act. L. 5. Cod. Si aliena res pignori data sit.* S. den 14. Theil dieses Commentars §. 862. S. 30. f. *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. §. *Non igitur.* pag. 436. sqq. und Gesterding Pfandrecht §. 9. S. 74. ff.

ner zu der Zeit, da das Pfandrecht des zweyten Gläubigers in seine Wirkung treten soll, noch Eigenthümer der verpfändeten Sache sey. Hatte also der Schuldner die Sache in der Zwischenzeit veräußert, ehe das Pfandrecht des ersten Gläubigers erloschen war, so kann nun das Pfandrecht des zweyten Gläubigers darum nicht convalesciren, weil jetzt die Sache schon wieder, was sie zur Zeit der Verpfändung war, eine fremde Sache geworden ist. Hätte indessen der neue Eigenthümer um die geschehene Verpfändung der Sache gewußt, so würde ihn wenigstens der Dolus verantwortlich machen [7]). Die Worte des Afrikanus in der *L.* 9. §. 3. *D Qui potiores in pignore* lauten folgendermaßen: Titia praedium alienum Titio pignori dedit: post Maevio: deinde domina eius pignoris facta, marito suo in dotem aestimatum dedit: si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat: *tunc enim, priore dimisso, sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur:* in proposito autem maritus emtoris loco est: atque ideo, quia neque tunc, cum Maevio obligaretur, neque cum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii convalescere possit: haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, id est, si ignoravit Maevio obligatum esse.

Wird

7) Siehe *Iac.* CUJACIUS ad Africanum Tract. III. ad *L.* 9. §. 3. D. Qui potior. in pign. POTHIER Pand. Iustin. T. I. h. t. Nr. XIX. not. b. pag. 560. und Gesterding Pfandrecht §. 9. S. 78. ff.

Wird der Eigenthümer Erbe des Schuldners, so ist kein Grund vorhanden, warum ein Pfand, welches der Erblasser ungültig constituirt hatte, durch die Antretung der Erbschaft gültig werden sollte. **Paulus** [8]) spricht daher auch dem Gläubiger in diesem Falle mit Recht die hypothekarische Klage geradezu ab. **Modestin** [9]) will ihm zwar eine actio hypothecaria utilis einräumen; allein dem Gläubiger kann nur allenfalls die actio pignerati-tia contraria gegen den Erben des Verpfänders gestattet werden, um entweder auf Bestättigung des vorigen, oder auf Bestellung eines neuen Pfandrechts zu dringen.

3) Wenn der Eigenthümer in der Folge seine Genehmigung ertheilt hat; so besteht das Pfandrecht eben so, als wenn er gleich Anfangs bey der Bestellung desselben eingewilliget hätte [10]). Nur darf freylich diese Zurückwirkung nicht zum Nachtheil derjenigen Gläubiger gereichen, die schon vor erfolgter Ratihabition ein gültiges Pfandrecht von dem Eigenthümer erhalten haben [11]).

4) Wenn der Eigenthümer, welcher um die Verpfändung wußte, arglistig schwieg, um den Gläubiger, welcher

8) *L.* 41. *D. de pign. act.*

9) *L.* 22. *D. h. t.* Von diesen beyden sich widersprechenden Gesetzstellen ist schon an einem andern Orte Th. 14. §. 863. S. 32. ff. gehandelt worden. Man vergleiche auch Gesterding Pfandrecht §. 9. S. 80. ff.

10) *L.* 16. §. 1. *L.* 21. *pr. D. de pignorib. L.* 20. *pr. D. de pigner. act.*

11) GMELIN cit. Comm. §. 46. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. § 1175. Hufeland Abhandlungen aus dem Civilrecht Nr. IV. S. 222. und Gesterding S. 71.

cher in bona fide war, in Schaden zu bringen; so macht dieses betrügliche Schweigen denselben nach einer Verordnung der Kaiser Severus und Antoninus [12]) verbindlich, nicht anders, als ob er stillschweigend seine Einwilligung ertheilet hätte. Zu den Ausnahmen, wo die Verpfändung einer fremden Sache gleich Anfangs gilt, kann man noch folgende Fälle rechnen,

5) daß der Gläubiger, wie die Kaiser Gordian, Diocletian und Maximian rescribirt haben, die ihm verpfändete Sache einem Andern wieder verpfänden kann [13]). Ich habe davon jedoch schon an einem andern Orte [14]) ausführlicher gehandelt.

6) Daß Tutoren und Curatoren bewegliche Sachen ihrer Mündel und Pflegbefohlnen, wenn es diesen zum Nutzen gereicht, auch ohne obrigkeitliches Decret gültig verpfänden können; wie uns Paulus [15]) lehret, und Kr. Antoninus Caracalla [16]) auch als Ausnahme von der Regel gebilliget hat. Eben so ist auch

7) dem

12) *L.* 2. *Cod. Si aliena res pignori data.*

13) *L.* 1. *et.* 2. *Cod. Si pignus pignori detur.* Hiermit ist noch zu vergleichen *L.* 13. §. 1. *D. ad SCtum Vellejanum.*

14) S. den 14. Th. dieses Commentars §. 866. u. BACHOV Tr. de pignorib. Lib. II. c. 9.

15) *L.* 16. *pr. D. de pignor. act.* Tutor, lege non refragante, si dederit rem pupilli pignori, tuendum erit: *scilicet si in rem pupilli pecuniam accipiat.* Idem est et in curatore adolescentis vel furiosi. — *L.* 11. *D. de curatoribus.* Pignus a curatore furiosi datum valet, *si utilitate furiosi exigente id fecit.*

16) *L.* 3. *Cod. Si aliena res pign. dat.* Curator adulti, vel

7) dem Vater erlaubt, das Vermögen seiner Kinder, welches er vermöge der väterlichen Gewalt benutzt und verwaltet, in so weit zu verpfänden, als ihm die Veräusserung derselben ausnahmsweise erlaubt ist[17]), ohne deshalb eines obrigkeitlichen Decrets benöthiget zu seyn, wie schon an einem andern Orte vorgekommen ist[18]). Es gehören jedoch hierher nur vorzüglich folgende Fälle, a) wenn dringende Schulden der Kinder; oder b) der nothwendige Unterhalt derselben, oder auch der Eltern selbst; oder c) Auszahlung von Vermächtnissen, welche der Testirer den zu Erben eingesetzten Kindern auferlegt hat, eine Verpfändung ihrer Güter rechtfertigen[19]).

Der Verpfänder muß aber nicht nur Eigenthümer, und zwar bey einem speciellen Pfandrecht in der Regel schon zur Zeit der Bestellung desselben Eigenthümer seyn, sondern auch

II. die freie Verwaltung seines Vermögens, und also die rechtliche Fähigkeit zu alieniren haben. Nexum non facit praediorum, sagt *L.* 8. *C. Si aliena res pignori*

vel tutor pupilli propriam rem mobilem eius, cuius negotia tuetur, pignoris iure obligare non potest: *nisi in rem eius pecuniam mutuam accipiat.* S. Westphal Pfandrecht §. 125. Not. 149.

17) *L. ult.* §. 2. 4. *et* 5. *Cod. de bonis, quae liberis.*

18) S. den 14. Th. dieses Commentars §. 909. S. 376.

19) GMELIN Commentat. de iure pignoris vel hypoth. quod creditori debitor in re sibi non propria constituit §. 27. Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfändern §. 58. und *Io. God.* MÜLLER Histor. iuris civ. de pignoribus §. 8. pag. 41. sqq.

pignori data sit, nisi persona, *quae iure potuit obligare.* Diese Fähigkeit wird denn auch natürlich in dem Falle vorausgesetzt, da eine fremde Sache entweder gleich Anfangs mit Einwilligung des Eigenthümers verpfändet worden, oder dieser in der Folge seine Genehmigung ertheilt hat[20]). Daher können

1) Pupillen und Minderjährige nicht ohne die Einwilligung ihrer Vormünder[21]) und insonderheit Grundstücke, oder auch bewegliche Sache von bedeutendem Werth nicht ohne Decret der Obrigkeit verpfänden[22]). Eine solche Erlaubniß der Obrigkeit wird auch dann noch erfordert, wenn gleich ein Minderjähriger venia aetatis erhalten hat[23]). Eben so kann

2) das

20) *L.* 20. *pr. D. de pignor. act. L.* 16 §. 1. *D. h. t.* — Voluntas autem fere eorum demum servabitur, *qui et pignori dare possunt.*

21) *L.* 1. *pr. D. Quae res pignori.* Pupillus *sine tutoris auctoritate* hypothecam dare non potest. *L.* 1 §. 2. *et* 4. *D. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt* Si minor viginti quinque annis emit praedia, *ut quoad pretium solveret, essent pignori obligata venditori:* non puto pignus valere. *Nam ubi dominium quaesitum est minori, coepit non posse obligari.* In der folgenden *L.* 2. *D. eod.* wird jedoch dieses limitirt. S. *Ger.* NOODT Comm. ad Pand. Lib. XXVII. Tit. 9. §. Verat. T. II. *Operum* pag. 585.

22) *L.* 1. *L.* 5. *Cod. de praediis et aliis rebus minor. sine decreto non alienand. L.* 2. *Cod. de Curatore furiosi vel prodigi. L.* 22. *Cod. de admin. tutor* GMELIN cit. Commentat. §. 29. und MÜLLER cit. Histor. iur. civ. de pignorib. §. 8. pag. 35.

23) *L.* 3. *Cod. De his, qui veniam aetatis impetrar.* Bolley von öffentlichen Unterpfändern §. 65.

2) das Vermögen eines Wahnsinnigen, oder gerichtlich erklärten Verschwenders nur durch den Curator derselben, und wenn von unbeweglichen, oder diesen gleichgeachteten Gütern die Rede ist, nach ertheiltem gerichtlichem Decret verpfändet werden, wenn die Verpfändung nämlich nöthig, oder für sie nützlich ist [24]). Und

3) Kinder, die noch unter der väterlichen Gewalt stehen, können weder das peculium profectitium, noch das adventitium, wovon dem Vater der Nießbrauch und die Verwaltung zusteht, ohne Einwilligung des Vaters verpfänden [25]). Haben sie hingegen ein solches Vermögen, worüber sie frey disponiren können, so können sie solches auch ohne Wissen und Willen des Vaters gültig verpfänden [26]). Sind sie jedoch noch minderjährig, so vertritt der Vater in der Regel die Stelle des Curators, und es wird daher desselben Einwilligung, und dann auch eben so, wie bey Minderjährigen, ein Decret der Obrigkeit erfordert [27]).

§. 1078.

24) *L.* 10. *pr. D. de curatorib. L.* 6. *D. de verbor. obligat. L* 2. *Cod. de curatore furiosi.*

25) *L.* 18. §. 4. *et L.* 19 *D. de pignerat. act. L* 1. §. 1. *D. Quae res pignori. L.* 8 §. 5. *Cod. De bonis, quae liberis.* Filiis autem familias in his duntaxat casibus, *in quibus ususfructus apud parentes constitutus est*, donec parentes vivunt, nec de iisdem rebus testari permittimus, neque citra voluntatem eorum, quorum in potestate sunt, ulla licentia eis concedenda dominium rei ad eos pertinentis alienare, *vel hypothecae titulo dare, vel pignori adsignare.* MÜLLER cit. loc. pag. 42.

26) Nov. CXVII. cap. 1.

27) S. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. T. I. §. 568. und §. 583. und Bolley von öffentlichen Unterpfändern §. 60.

fremden Sache kein Pfandrecht gültig bestellen. Zwar gilt die Verpfändung in so fern unter den Contrahenten, daß gegen den Schuldner, wenn er in dem Besitz der Sache ist, mit der actio hypothecaria auf Abtretung des Pfandes geklagt werden kann[99]; allein in Ansehung des Eigenthümers, ohne dessen Einwilligung sie geschehen ist, so wie in Ansehung des dritten Besitzers der Sache ist sie ungültig[100]. Der Gläubiger kann sich weder eines Retentionsrechts gegen den Eigenthümer bedienen, wenn dieser sein Eigenthumsrecht verfolgt[1]; noch auch die hypothekarische Klage gegen den dritten Besitzer mit Wirkung anstellen[2], weil er das Eigenthum des Verpfänders beweisen muß[3]. Ausnahmen finden jedoch Statt,

1) wenn die Verpfändung der fremden Sache ausdrücklich nur unter der Bedingung geschehen ist, dafern der Schuldner das Eigenthum derselben noch verlangen würde. Hier ist die Verpfändung gültig; das Pfandrecht entsteht aber nicht eher, als wenn die Bedingung in Erfüllung geht; dann kann der Gläubiger alle Rechtsmittel eines solchen Pfandes mehr gebrauchen[4].

2) Wenn

Pragmaticor. Dec. LXIII. Err. 6. und GMELIN cit. Comment. §. 42.

99) *L.* 21. §. 1. *D. de pignor.* S. den 14. Th. dieses Commentars §. 863. S. 28. Not. 83.

100) Vid. *tot. Tit. Cod. Si aliena res pignori data sit.* VIII. 16. GMELIN Comm. cit. §. 13 et 14.

1) *L.* 6. *Cod. Si alien. res pign. dat. sit.*

2) *L. ult.* §. 2. *Cod. Communia de legatis.*

3) *L.* 15. §. 1. *D. de pignorib.*

4) *L.* 16. §. 7. *D. h. t.* Aliena res *utiliter* potest obligari sub

2) Wenn die Verpfändung zwar unbedingt geschahe, der Schuldner aber nachher noch das Eigenthum der Sache erwirbt. Hier gilt das Pfandrecht, wenn der Schuldner a) zur Zeit der Verpfändung schon ein persönliches Recht hatte, vermöge dessen er die Uebergabe der Sache von dem Eigenthümer fordern konnte[5]; und b) wenn zwar der Schuldner zur Zeit der Verpfändung an der Sache noch gar kein Recht hatte, der Gläubiger aber in bona fide war, d. h. es nicht wußte, daß ihm eine fremde Sache verpfändet worden sey. Denn hätte er dieses gewußt, so kommt ihm, wenn er im Besitz der Sache ist, zwar ein Retentionsrecht, ein Pfandrecht aber auf keine Weise zu[6].

Hat der Schuldner eine fremde Sache zu verschiedenen Zeiten unbedingt verschiedenen Personen verpfändet, und er erwirbt in der Folge das Eigenthum derselben, so wird nach Afrikans Meinung vor der Hand nur das Pfandrecht desjenigen Gläubigers gültig, dem die Sache zuerst verpfändet ward. Erst wenn dieser befriediget ist, wird das Pfandrecht des zweyten Gläubigers wirksam. Dieß setzt aber freylich voraus, daß der Schuldner

sub conditione, *si debitoris facta fuerit*. GMELIN Cit. Comment. §. 55. Bolley von öffentlichen Unterpfändern §. 52. und Gesterding Pfandrecht §. 9. S. 73.

5) *L. 1. pr. D. h. t. L. 3. §. 1. D. Qui potior. in pignore. L. 56 D. ad SCtum Trebellian.*

6) *L. 1 pr. D. h. t. L. 41. pr. D. de pigner. act. L. 5. Cod. Si aliena res pignori data sit.* S. den 14. Theil dieses Commentars §. 862. S. 30. f. *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. §. *Non igitur.* pag. 436. sqq. und Gesterding Pfandrecht §. 9. S. 74. ff.

ner zu der Zeit, da das Pfandrecht des zweyten Gläubigers in seine Wirkung treten soll, noch Eigenthümer der verpfändeten Sache sey. Hatte also der Schuldner die Sache in der Zwischenzeit veräußert, ehe das Pfandrecht des ersten Gläubigers erloschen war, so kann nun das Pfandrecht des zweyten Gläubigers darum nicht convaleſciren, weil jetzt die Sache schon wieder, was sie zur Zeit der Verpfändung war, eine fremde Sache geworden ist. Hätte indessen der neue Eigenthümer um die geschehene Verpfändung der Sache gewußt, so würde ihn wenigstens der Dolus verantwortlich machen [7]). Die Worte des **Afrikanus** in der *L.* 9. §. 3. *D Qui potiores in pignore* lauten folgendermaßen: Titia praedium alienum Titio pignori dedit: post Maevio: deinde domina eius pignoris facta, marito suo in dotem aestimatum dedit: si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat: *tunc enim, priore dimisso, sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur:* in proposito autem maritus emtoris loco est: atque ideo, quia neque tunc, cum Maevio obligaretur, neque cum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii convalescere possit: haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, id est, si ignoravit Maevio obligatum esse.

Wird

7) Siehe *Iac.* CUJACIUS ad Africanum Tract. III. ad *L.* 9. §. 3. D. Qui potior. in pign. POTHIER Pand. Iustin. T. I. h. t. Nr. XIX. not. b. pag. 560. und Gesterding Pfandrecht §. 9. S. 78. ff.

Wird der Eigenthümer Erbe des Schuldners, so ist kein Grund vorhanden, warum ein Pfand, welches der Erblasser ungültig constituirt hatte, durch die Antretung der Erbschaft gültig werden sollte. **Paulus** [8]) spricht daher auch dem Gläubiger in diesem Falle mit Recht die hypothekarische Klage geradezu ab. **Modestin** [9]) will ihm zwar eine actio hypothecaria utilis einräumen; allein dem Gläubiger kann nur allenfalls die actio pignerati-tia contraria gegen den Erben des Verpfänders gestattet werden, um entweder auf Bestättigung des vorigen, oder auf Bestellung eines neuen Pfandrechts zu dringen.

3) Wenn der Eigenthümer in der Folge seine Genehmigung ertheilt hat; so besteht das Pfandrecht eben so, als wenn er gleich Anfangs bey der Bestellung desselben eingewilliget hätte [10]). Nur darf freylich diese Zurückwirkung nicht zum Nachtheil derjenigen Gläubiger gereichen, die schon vor erfolgter Ratihabition ein gültiges Pfandrecht von dem Eigenthümer erhalten haben [11]).

4) Wenn der Eigenthümer, welcher um die Verpfändung wußte, arglistig schwieg, um den Gläubiger, welcher

8) *L.* 41. *D. de pign. act.*

9) *L.* 22. *D. h. t.* Von diesen beyden sich widersprechenden Gesetzstellen ist schon an einem andern Orte Th. 14. §. 863. S. 32. ff. gehandelt worden. Man vergleiche auch Gesterding Pfandrecht §. 9. S. 80. ff.

10) *L.* 16. §. 1. *L.* 21. *pr. D. de pignorib. L.* 20. *pr. D. de pigner. act.*

11) GMELIN cit. Comm. §. 46. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. § 1175. Hufeland Abhandlungen aus dem Civilrecht Nr. IV. S. 222. und Gesterding S. 71.

cher in bona fide war, in Schaden zu bringen; so macht dieses betrügliche Schweigen denselben nach einer Verordnung der Kaiser **Severus** und **Antoninus** [12]) verbindlich, nicht anders, als ob er stillschweigend seine Einwilligung ertheilet hätte. Zu den Ausnahmen, wo die Verpfändung einer fremden Sache gleich Anfangs gilt, kann man noch folgende Fälle rechnen,

5) daß der Gläubiger, wie die Kaiser **Gordian**, **Diocletian** und **Maximian**, rescribirt haben, die ihm verpfändete Sache einem Andern wieder verpfänden kann [13]). Ich habe davon jedoch schon an einem andern Orte [14]) ausführlicher gehandelt.

6) Daß Tutoren und Curatoren bewegliche Sachen ihrer Mündel und Pflegbefohlnen, wenn es diesen zum Nutzen gereicht, auch ohne obrigkeitliches Decret gültig verpfänden können; wie uns **Paulus** [15]) lehret, und Kr. **Antoninus Caracalla** [16]) auch als Ausnahme von der Regel gebilliget hat. Eben so ist auch

7) dem

12) *L.* 2. *Cod. Si aliena res pignori data.*

13) *L.* 1. *et.* 2. *Cod. Si pignus pignori detur.* Hiermit ist noch zu vergleichen *L.* 13. §. 1. *D. ad SCtum Vellejanum.*

14) S. den 14. Th. dieses **Commentars** §. 866. u. BACHOV Tr. de pignorib. Lib. II. c. 9.

15) *L.* 16. *pr. D. de pignor. act.* Tutor, lege non refragante, si dederit rem pupilli pignori, tuendum erit: *scilicet si in rem pupilli pecuniam accipiat.* Idem est et in curatore adolescentis vel furiosi. — *L.* 11. *D. de curatoribus.* Pignus a curatore furiosi datum valet, *si utilitate furiosi exigente id fecit.*

16) *L.* 3. *Cod. Si aliena res pign. dat.* Curator adulti, vel

7) dem Vater erlaubt, das Vermögen seiner Kinder, welches er vermöge der väterlichen Gewalt benutzt und verwaltet, in so weit zu verpfänden, als ihm die Veräusserung derselben ausnahmsweise erlaubt ist[17]), ohne deshalb eines obrigkeitlichen Decrets benöthiget zu seyn, wie schon an einem andern Orte vorgekommen ist[18]). Es gehören jedoch hierher nur vorzüglich folgende Fälle, a) wenn dringende Schulden der Kinder; oder b) der nothwendige Unterhalt derselben, oder auch der Eltern selbst; oder c) Auszahlung von Vermächtnissen, welche der Testirer den zu Erben eingesetzten Kindern auferlegt hat, eine Verpfändung ihrer Güter rechtfertigen[19]).

Der Verpfänder muß aber nicht nur Eigenthümer, und zwar bey einem speciellen Pfandrecht in der Regel schon zur Zeit der Bestellung desselben Eigenthümer seyn, sondern auch

II. die freie Verwaltung seines Vermögens, und also die rechtliche Fähigkeit zu alieniren haben. Nexum non facit praediorum, sagt *L.* 8. *C. Si aliena res pignori*

vel tutor pupilli propriam rem mobilem eius, cuius negotia tuetur, pignoris iure obligare non potest: *nisi in rem eius pecuniam mutuam accipiat.* S. Westphal Pfandrecht §. 125. Not. 149.

17) *L. ult.* §. 2. 4. *et* 5. *Cod. de bonis, quae liberis.*

18) S. den 14. Th. dieses Commentars §. 909. S. 376.

19) GMELIN Commentat. de iure pignoris vel hypoth. quod creditori debitor in re sibi non propria constituit §. 27. Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfändern §. 58. und *Io. God.* MÜLLER Histor. iuris civ. de pignoribus §. 8. pag. 41. sqq.

pignori data sit, nisi persona, *quae iure potuit obligare*. Diese Fähigkeit wird denn auch natürlich in dem Falle vorausgesetzt, da eine fremde Sache entweder gleich Anfangs mit Einwilligung des Eigenthümers verpfändet worden, oder dieser in der Folge seine Genehmigung ertheilt hat[20]). Daher können

1) Pupillen und Minderjährige nicht ohne die Einwilligung ihrer Vormünder[21]) und insonderheit Grundstücke, oder auch bewegliche Sache von bedeutendem Werth nicht ohne Decret der Obrigkeit verpfänden[22]). Eine solche Erlaubniß der Obrigkeit wird auch dann noch erfordert, wenn gleich ein Minderjähriger venia aetatis erhalten hat[23]). Eben so kann

2) das

20) *L.* 20. *pr. D. de pignor. act. L.* 16 §. 1. *D. h. t.* — Voluntas autem fere eorum demum servabitur, *qui et pignori dare possunt.*

21) *L.* 1. *pr. D. Quae res pigneri.* Pupillus *sine tutoris auctoritate* hypothecam dare non potest. *L.* 1 §. 2. *et* 4. *D. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt* Si minor viginti quinque annis emit praedia, *ut quoad pretium solveret, essent pignori obligata venditori:* non puto pignus valere. *Nam ubi dominium quaesitum est minori, coepit non posse obligari.* In der folgenden *L.* 2. *D. eod.* wird jedoch dieses limitirt. S. *Ger.* NOODT Comm. ad Pand. Lib. XXVII. Tit. 9. §. Verat. T. II. *Operum* pag. 585.

22) *L.* 1. *L.* 5. *Cod. de praediis et aliis rebus minor. sine decreto non alienand. L.* 2. *Cod. de Curatore furiosi vel prodigi. L.* 22. *Cod. de admin. tutor* GMELIN cit. Commentat. §. 29. und MÜLLER cit. Histor. iur. civ. de pignorib. §. 8. pag. 35.

23) *L.* 3. *Cod. De his, qui veniam aetatis impetrar.* Bolley von öffentlichen Unterpfändern §. 65.

2) das Vermögen eines Wahnsinnigen, oder gerichtlich erklärten Verschwenders nur durch den Curator derselben, und wenn von unbeweglichen, oder diesen gleichgeachteten Gütern die Rede ist, nach ertheiltem gerichtlichem Decret verpfändet werden, wenn die Verpfändung nämlich nöthig, oder für sie nützlich ist [24]). Und

3) Kinder, die noch unter der väterlichen Gewalt stehen, können weder das peculium profectitium, noch das adventitium, wovon dem Vater der Nießbrauch und die Verwaltung zusteht, ohne Einwilligung des Vaters verpfänden [25]). Haben sie hingegen ein solches Vermögen, worüber sie frey disponiren können, so können sie solches auch ohne Wissen und Willen des Vaters gültig verpfänden [26]). Sind sie jedoch noch minderjährig, so vertritt der Vater in der Regel die Stelle des Curators, und es wird daher desselben Einwilligung, und dann auch eben so, wie bey Minderjährigen, ein Decret der Obrigkeit erfordert [27]).

§. 1078.

24) *L.* 10. *pr. D. de curatorib. L.* 6. *D. de verbor. obligat. L* 2. *Cod. de curatore furiosi.*

25) *L.* 18. §. 4. *et L.* 19 *D. de pignerat. act. L* 1. §. 1. *D. Quae res pignori. L.* 8 §. 5. *Cod. De bonis, quae liberis.* Filiis autem familias in his duntaxat casibus, *in quibus ususfructus apud parentes constitutus est*, donec parentes vivunt, nec de iisdem rebus testari permittimus, neque citra voluntatem eorum, quorum in potestate sunt, ulla licentia eis concedenda dominium rei ad eos pertinentis alienare, *vel hypothecae titulo dare, vel pignori adsignare.* MÜLLER cit. loc. pag. 42.

26) Nov. CXVII. cap. 1.

27) S. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. T. I. §. 568. und §. 583. und Bolley von öffentlichen Unterpfändern §. 60.

§. 1078.

Eintheilung des Pfandrechts in das allgemeine und besondere.

Das Pfandrecht ist nach dem Umfange seines Gegenstandes entweder ein allgemeines (*pignus generale*), oder ein besonderes (*pignus speciale*), je nachdem es sich entweder auf das ganze Vermögen des Schuldners erstreckt, oder nur einen Theil desselben, oder einzelne Sachen zum Gegenstande hat. Andere [28]) nennen jedoch das erstere ein *pignus universale*, und unterscheiden davon ein pignus *generale*, worunter sie denn ein solches Pfandrecht verstehen, welches mehrere Arten von Sachen zugleich umfaßt, und nennen dagegen nur dasjenige ein pignus *speciale* oder *particulare*, welches nur auf eine einzelne Sache beschränkt ist. Allein diese Eintheilung stimmt weder mit den Gesetzen, noch mit dem bisherigen Sprachgebrauche der Rechtsgelehrten überein. Und dieß ist auch von der Eintheilung derjenigen [29]) zu sagen, welche das *pignus generale* wieder in generale *simpliciter tale* und generale *secundum quid tale* eintheilen, je nachdem es entweder das ganze Vermögen des Schuldners,

28) S. WORDENHOFF Diss. de concursu et collisione utriusque hypothecae tum generalis tum specialis *Traj. ad Rhen.* 1752. §. 2 in fin. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol I. Tom. II. Nr. XI. pag. 698.)

29) BACHOVIUS Tr. de pignorib. Lib. I. c. 5. *Io. Nic.* HERTIUS in Diss. de differentiis pignoris generalis et specialis Cap. I. §. 3. et 4. (in EIUS *Commentat. et Opusc.* Vol. II. Tom. III. pag. 200. sq.) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 20.

ners, gegenwärtiges und zukünftiges, oder nur eine gewisse Art des Vermögens, nämlich entweder blos das gegenwärtige oder blos das zukünftige, oder das Mobiliar- oder das Immobiliar-Vermögen allein umfaßt. Eine General-Hypothek begreift also das ganze Vermögen des Schuldners unter sich. Es sind daher alle sowohl einzelne dazu gehörige Sachen als Arten derselben damit behaftet, nicht anders, als ob sie alle besonders genannt, und einzeln verpfändet worden wären [30]); gleichviel wie die Hypothek bestellet worden ist, sie sey eine gesetzliche oder Conventional-Hypothek. Der Gläubiger behält daher auch sein Pfandrecht an den einzelnen Sachen, welche von dem Schuldner ohne seine Einwilligung veräußert worden sind [31]). Vor Justinian mußte es zwar ausdrücklich verabredet seyn, wenn sich eine General-Hypothek auf das gesammte sowohl gegenwärtige als zukünftige Vermögen des

30) *L.* 15. §. 1. *D. h. t.* Quod dicitur creditorem probare debere, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse: ad eam conventionem pertinet, quae specialiter facta est, non ad illam, quae quotidie inseri solet cautionibus, ut specialiter rebus hypothecae nomine datis, caetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet, et quae postea adquisierit, *perinde atque si specialiter has res fuissent obligatae.* *L.* 2. *D. Qui potiores in pign.* *L.* 2. *Cod. de pignorib.* S. BACHOVIUS cit. Tract. Lib. I. Cap. 5. §. 3. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *A speciali*, pag. 435.

31) *L.* 8. §. *ult. in fin. Cod. de sec. nupt.* *L. un. Cod. Rem alienam gerentib.* *L. ult. Cod. de remiss. pignor.* *L.* 15. *Cod. de pignor.* *L.* 17. *Cod. de distract. pignor.* S. *Io. Her.* BECKER Diss. de pignore universitatis. *Iena*, 1791. §. 6. sq.

des Schuldners erſtrecken ſollte. Daher war bey General-Hypotheken die gewöhnliche Formel: *ut omnia bona pignori obligata essent, quae quis habet, habiturusve sit*[32]). Hatte hingegen der Schuldner nur ſchlechthin ſein Vermögen, oder auch ſein geſammtes Vermögen, (omnia bona sua), verpfändet, ſo wurde eine ſolche allgemeine Verpfändung der Güter im Zweifel nicht auf die erſt in der Folge erworbenen gedeutet[33]). Es ſcheint ſogar Anfangs zweifelhaft geweſen zu ſeyn, ob überhaupt durch Vertrag das künftige Vermögen habe verpfändet werden können, weil doch dieſes zur Zeit der Verpfändung noch als ein fremdes Gut zu betrachten war[34]). Papinian's Aeußerung in der *L. 1. pr. D. h. t.* giebt dieß wenigſtens nicht undeutlich zu erkennen, wenn er ſagt: Conventio generalis in pignore dando *bonorum vel postea quaesitorum* recepta est; und man rechtfertigte eine ſolche Verpfändung des künftigen Vermögens bloß dadurch, daß ſie unter der Bedingung der künftigen Erwerbung geſchehe, unter welcher man auch die ſpecielle Verpfändung einer fremden Sache für gültig hielt[35]). Ganz unrichtig aber iſt es, wenn man daraus auch die

L. 9.

32) *L. 6. L. 15. L. 34. §. ult. D. de pignorib. L. ult. D. Qui potiores in pignore. L. 6. D. Qui sine manumiss. L. 28. D. de iure fisci.* S. BRISSONIUS de Formulis et solemnib. Pop. Rom. verbis. Lib. VI. Cap. 101. p. 507. sq.

33) S. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad Anton. *Fabrum.* Lib. III. Tract. XII. Qu. 2. Weſtphal Pfandrecht §. 36. Not. 57. MÜLLER Histor. iur. civ. de pignoribus §. 9. p. 56.

34) S. DONELLUS de pignoribus Cap. 7.

35) *L. 17. §. 7. D. h. t.*

L. 9. *pr. D. eodem* zu erklären gemeint, und noch weniger zu rechtfertigen ist es, wenn man sich deswegen eine so gewaltsame Kritik, als durch die Unterschiebung einer Negation geschieht, erlaubt hat[36]). Denn wenn Cajus daselbst sagt: Sed et quod ad eas res, quas eo tempore, quo paciscebatur, *in bonis habuit*[37]), idem observari debet; so gehen diese Worte offenbar nicht auf die bona futura, welche unter der General-Hypothek nicht mit begriffen seyn sollen; denn dieses stünde ja in evidentem Widerspruche mit *L.* 6. *D. eodem*, wo gerade von einer obligatione generali rerum, *quas quis habuit, habiturusve sit*, die Rede ist; sondern sie beziehen sich auf diejenigen Sachen, von welchen in den vorhergehenden Gesetzen die Rede war, nämlich Kleider, Hausgeräthe, und was sonst der Schuldner zum täglichen Gebrauche nöthig hat, und er auch selbst einzeln nicht verpfändet haben würde. Solche Sachen sind der General-Hypothek nicht unterworfen, wenn sie auch zur Zeit des geschlossenen Pfandvertrags schon zu dem Vermögen des Schuldners gehört haben sollten, worüber allerdings hätte Zweifel entstehen können[38]). Den besten Beweis, daß vor

36) Z. B. Westphal im Pfandrecht §. 36. Not. 57. S. 92. dem auch MÜLLER in Hist. iur. civ. de pignoribus. p. 56. beystimmt.

37) Hier will man in bonis NON habuit, lesen. So auch IAUCHIUS de Negation. Pandect. Cap. 16. Allein diese Aenderung der Lesart ist von aller Auctorität entblößt, und hat auch die *Basilica* T. IV. Lib. XXV. Tit. 2. p. 34. gegen sich

38) S. *Io. Guil.* MARCKART Interpretat. receptar. iuris civ. Lectionum. Lib. II. Cap. 8. §. 1. und *Io. Gottfr.* SAMMET Re-

Justinian eine allgemeine Conventional-Hypothek ohne ausdrückliche Verabredung nicht auf das künftige Vermögen sich erstreckt habe, giebt uns die Constitution des Kaisers Justinian selbst, wodurch dieses geändert worden ist. Es ist *L.* 9. *Cod. Quae res pignori*, welche folgendermaßen lautet: Si quis in cuiuscunque contractus instrumento ea verba posuerit: *Fide et periculo rerum ad me pertinentium*, vel: *Per earum exactionem satisfieri tibi promitto*: sufficere ea verba ad rerum tam earum, quas in praesenti debitor habet, quam futurarum hypothecam sancimus: nec ex prioribus sanctionibus minus habere specialis hypothecae memoriam videri: cum sit iustum, voluntates contrahentium magis, quam verborum conceptionem inspicere. Super qua generali hypotheca illud quoque ad conservandam contrahentium voluntatem sancimus, ut si res suas supponere debitor dixerit, non adjecto: *tam praesentes, quam futuras:* ius tamen generalis hypothecae etiam ad futuras res producatur. Nach dieser Constitution erstreckt sich nun also ein allgemeines Pfandrecht immer auf das gesammte, sowohl gegenwärtige als künftige Vermögen des Schuldners, es bestehe in körperlichen oder unkörperlichen*), beweglichen oder unbeweglichen Sachen, und wenn Jemand auch nur schlechtweg sein Vermögen verpfändet hat, so geht auch diese Verpfändung sowohl auf bona praesentia, als futura, wenn gleich der letzteren keine

Receptar. Lection. ad *Iauchium* lib. sing. Cap. 10. (in *Opuscul.* pag. 144.)

*) *L.* 49. *D. de Verb. Sign. L.* 30. §. 1. *D. ad SCtum Trebell. L.* 4. *C. Quae res pignori.*

keine Erwähnung geschehen ist. Denn da man bey einer allgemeinen Verpfändung gewöhnlich den Vertrag auf diese ausdrücklich mit erstreckte[39]); so glaubte Justinian, es sey der Absicht der Contrahenten gemäß, durch ein allgemeines Gesetz zu verordnen, daß dasjenige, was bisher durch Vertrag war festgesetzt worden, sich nun von selbst verstehen solle[40]). *Quod enim pactis conventis fieri conceditur*, sagt Justinian an einem andern Orte[41]), *et in usu quotidiano semper versari adpicimus, quare non ipsa legis auctoritate hoc permittatur?*

Wenn nun also nach der angeführten Constitution des Kaisers Justinian eine General-Hypothek tam eas res, quas in praesenti debitor habet, quam *futuras* unter sich begreift, so ist noch zu bemerken, daß der Ausdruck *res futurae* in einem doppelten Sinn genommen werde. Es werden nämlich darunter 1) solche Sachen verstanden, welche noch nicht in rerum natura vorhanden sind, sondern erst noch künftig hervorgebracht werden sollen, z. B. Früchte, foetus pecorum u. d. 2) Solche Sachen, welche sich zur Zeit der Verpfändung noch nicht in dem Eigenthume des Schuldners befanden, sondern erst in der Folge desselben Eigenthum geworden sind. Diese letztere Art von *res futurae* bezeichnet diejenigen Sachen, von welchen bey einer allgemeinen Güter-

ver-

39) *L. ult. Cod. de remiss. pignor.* ib. propter verbum *futurarum rerum*, quod in generalibus hypothecis poni solitum est.

40) *Ios.* AVERANIUS in Interpretat. iuris Lib. III. Cap. 25. nr. 32.

41) *L. ult. in fin. Cod. de fideiussoribus.*

verpfändung vor Justinian die Formel gebraucht wurde, *res, quas quis habiturus sit.* In Ansehung der ersten Art zukünftiger Sachen ist es nun schon genug, wenn nur die Hauptsache dem Schuldner zur Zeit der Verpfändung gehörte, woraus diese res futurae entstehen; dann können sie auch schon vor ihrer Entstehung verpfändet werden[42]). Ein an Früchten constituirtes Pfandrecht ist daher ohne Zweifel nicht erst von Zeit der Separation der Früchte, sondern schon von Zeit der Bestellung des Pfandrechts an zu rechnen[43]). Ganz anders verhält es sich dagegen mit derjenigen Art von res futurae, woran der Schuldner erst nach der Verpfändung das Eigenthum erwarb. Hier nimmt die Hypothek an solchen rebus futuris nicht schon mit dem Augenblick ihrer Bestellung, wie viele[44]) in Beziehung auf die unrichtig verstandene *L.* 21. *pr.*

42) *L.* 15. *pr. D. h. t.* Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt: ut fructus pendentes, partus ancillae, foetus pecorum, et ea, quae nascuntur, sint hypothecae obligata. Idque servandum est, sive dominus fundi convenerit aut de usufructu, aut de his, quae nascuntur: sive is, qui usumfructum habet.

43) *L.* 11 §. 3. *D. Qui potior. in pignore.* Si *de futura re* convenerit, ut hypothecae sit, sicut est de partu, hoc quaeritur, an ancilla conventionis tempore in bonis fuit debitoris? *Et in fructibus, si convenit, ut sint pignori, aeque quaeritur, an fundus vel ius utendi fruendi conventionis tempore fuerit debitoris.*

44) *Hug.* DONELLUS de pignoribus. Cap. 14. *Ant.* MERENDA Controv. iuris Lib. VI. cap. 38. *Io. Christ.* KOCH Diss. de concursu hypothecae specialis et generalis. *Giessae* 1782.

fr. D. Qui potiores in pignore[45]) behaupten, sondern viel-

1782. §. 10. Westphal Pfandrecht §. 114. Not. 136. *Fratr.* BECMANNI Consil. et Decis. P. I. Dec. XLI. nr. 6. u. a. m.

45) Scävola entscheidet hier folgenden Fall. Titius Sejae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori *omnia bona sua, quae habebat, quaeque habiturus esset:* postea mutuatus a fisco pecuniam, *pignori ei res suas omnes obligavit*, et intulit Sejae partem debiti, et reliquam summam novatione facta eidem promisit, *in qua obligatione similiter, ut supra, de pignore convenit.* Quaesitum est, an Seja praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit: item in his rebus, quas post priorem obligationem adquisiit, *donec universum debitum suum consequatur*? Respondit, nihil proponi, cur non sit praeferenda. Der Seja ward zuerst eine allgemeine Hypothek bestellt, in der Folge auch dem Fiskus. Der Schuldner trug hierauf einen Theil der Schuld seiner ersten Gläubigerin ab, und ging mit ihr wegen des Rückstandes eine Novation ein. Die Seja hatte jedoch dabey zur ausdrücklichen Bedingung gemacht, daß ihr Pfandrecht, wie zuvor, fortdauern solle. *L. 11. §. 1. D. de pignerat. act.*) Dennoch giebt ihr Scävola den Vorzug vor dem Fiskus, auch in Ansehung derjenigen Güter, welche der Schuldner nach dem Contract mit dem Fiskus, und bis zu der Zeit hin, da sie gänzlich befriediget sein wird, erworben hat. Und zwar mit vollkommenem Recht. Denn der Fiskus hatte damals noch nicht einmal eine gesetzliche, geschweige eine privilegirte Hypothek. Sonst hätte er nicht nöthig gehabt, sich durch Vertrag ein Pfandrecht bestellen zu lassen. Nun hatte der Fiskus zwar eine Generalhypothek erhalten, allein es wird nicht gesagt, daß er sich auch die bona futura habe mit verpfänden lassen. Diese waren aber, wie Scävola bemerkt, der ersten Gläubigerin, mit der

vielmehr, wie schon längst **Anton Faber** [46]) und **Reinhard Bachov** [47]) lehrten, und neuerlich **Gesterding** [48]) durch die einleuchtendsten Gründe außer allen Zweifel gesetzt hat, erst mit dem Zeitpunct ihren Anfang, da der Schuldner das Eigenthum derselben erwirbt; welches dann die wichtige Folge hat, daß wenn der Schuldner verschiedenen Gläubigern zu verschiedenen Zeiten eine General-Hypothek ertheilt, der erste Gläubiger zwar an den Gütern, die der Schuldner noch vor der zweyten Hypothek erworben hatte, den Vorzug behaupte, in Ansehung der nach Bestellung beyder Hypotheken erwörbenen Güter aber beyde Gläubiger gleiche Rechte haben. Denn zu der Zeit, da die Hypothek constituirt wurde, waren die Sachen, welche der Schuldner noch künftig erwerben würde, in Ansehung desselben nach fremde Sachen, deren Verpfändung also unter der stillschweigenden Bedingung geschahe, wenn der Schuldner sie dereinst erwerben wird. Haben nun auch beyde Gläubiger ihr Pfandrecht zu verschiedenen Zeiten erhalten, so haben sie doch zu der Zeit, da die Erwerbung geschieht, ein gleiches Recht daran, und es ist ganz unrichtig, wenn man hier der eingetretenen Bedingung eine auf die Zeit der geschehenen Pfandbestellung zurückwirkende Kraft beylegen will, weil ja die künftige Erwerbung blos von der Willkühr

der vor **Justinian** üblichen Formel, ausdrücklich mit verpfändet. Der Fiskus hatte daher an den bonis futaris nicht einmal ein Pfandrecht. S. **Gesterding** S. 220. ff.

46) Conjecturar. iuris civ. Lib. II. cap. 10.

47) Tract. ed pignorib. Lib. IV. Cap. 6.

48) Lehre vom Pfandrecht. §. 4. S. 58. ff.

führt des Schuldners abhängt. Explorati quidem iuris est, sagt Joseph Averani[49]), conditionem casualem et mixtam in contractibus retrotrahi ad tempus celebrati contractus; sed in *potestativa*, hoc est in ea, quae pendet a potestate debitoris, secus est. *In hac enim spectatur tempus impletae conditionis, non vero contractus, ad cuius initium ea non retrotrahitur*[50]). Eben so lehrt auch Philibert Brüssel[51]): Si principali obligationi vel etiam in pignore dando adscripta conditio in arbitrio et potestate eius fuerit, qui pignus dedit, eiusve qui principaliter obligatus sit: ex communi omnium sententia, *ab ipsa demum conditione existente, pignus obligatum esse dicetur.* — Proinde si inter duos creditores quaeratur, uter potior in pignore sit, AFRICANUS[52]) sub conditione creditorem tuendum non esse scripsit adversus eum, cui postea quicquam deberi coeperit, si talis fuerit, conditio, *quae invito debitore impleri non possit.* — Rursus cum constet, *futurorum bonorum obligationi* hanc inesse conditionem, si mea fiant: MARCELLUS, si tibi, quae habiturus sum, obligaverim, et Titio speciali-ter fundum illum, si in dominium meum pervenerit, moxque dominium eius adquisiero; pares vos futu-

49) Interpretat. iuris Lib. III. cap. 9. nr. 1. et 2.

50) *L. 4. D. Quae res pignori. L. 9. §. 1. D. et L. 11. §. 2. D. Qui potior. in pignore.*

51) De conditionibus. Lib. II. nr. 16. pag. 217. sqq.

52) *L. 9. §. 1. D. Qui potior. in pign.*

futuros esse scripsit[53]): *ut hic non conventionis diem, sed existentis spectemus conditionis.* Alles dieses bestärckt endlich noch vorzüglich die Stelle des Scävola, welcher *L.* 34. §. 2. *D. h. t.* sagt: Creditor pignori accepit, a debitore, *quidquid in bonis habet, habiturusve esset*: Quaesitum est, *an corpora pecuniae*, quam idem debitor ab alio mutuam accepit; *cum in bonis eius facta sint, obligata creditoris, pignoris esse coeperint*? Respondit *coepisse.* Es ist also gar keinem Zweifel weiter unterworfen, daß bey einer Generalhypothek das Pfandrecht an rebus futuris erst mit dem Augenblick des Erwerbs anfange.

Hat der Schuldner dem Gläubiger namentlich sein bewegliches und unbewegliches Vermögen verpfändet, so ist es streitig, ob dieses für eine Verpfändung des ganzen Vermögens zu halten sey, welche sich auch auf die dazu gehörigen unkörperlichen Sachen, und namentlich auf die ausstehenden Forderungen des Schuldners mit erstrecke? Mehrere Rechtsgelehrte[54]) bezweifeln dieses aus dem Grunde, weil die unkörperlichen Sachen als eine dritte von

53) *L.* 7. §. 1. *D. Qui potiores in pignore.* Si tibi, *quae habiturus sum*, obligaverim, et Titio specialiter fundum, *si in dominium meum pervenerit*, mox dominium eius adquisiero, putat MARCELLUS, *concurrere utrumque creditorem et in pignore.*

54) *Ant.* FABER Cod. definit. for. Lib. VIII. Tit. 6. def. 19. ZOESIUS Comm. ad Pand. h. t. nr. 11. STRYK Caut. Contract. Sect. II. cap. 4. §. 15. Joh. Ludw. Schmidt hinterlass. Abhandlungen verschied. pract. Rechtsmaterien 2. B. Nr. XLIX. §. 7. u. a. m.

von beweglichen und unbeweglichen ganz verschiedene Art von Sachen zu betrachten wären [55]), und daher auch bey einem Vermächtniß der beweglichen und unbeweglichen Sachen die ausstehende Forderungen nicht mit darunter begriffen wären *). Allein es sind hier zwey Fälle zu unterscheiden. 1) Es ist des beweglichen und unbeweglichen Vermögens, blos als Zusatz einer allgemeinen Güterverpfändung, gedacht worden. Z. B. ich setze meinem Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung mein gesammtes Vermögen, beweg- und unbewegliches, zum Unterpfande ein. Hier ist das auf eine solche Art constituirte Pfandrecht allerdings für ein allgemeines, auch die unkörperlichen Sachen mit unter sich begreifendes zu betrachten [56]). Dieß ist nicht nur der Analogie [57]), sondern auch der Absicht der Contrahenten gemäß, nach welcher eher zu vermuthen ist, daß jener Zusatz bloß zum Ueberfluß, als zur Einschränkung sey beygefügt worden [58]). 2) Der Schuldner hat nur

55) *L.* 7. §. 4. *D. de pecul.* *L.* 86. *pr. D. de legat. II.* *L.* 15. §. 2. *D. de re iudicata.*

*) *L.* 79. §. 1. *L.* 86. *D. de legat. III.*

56) BACHOV Tr. de pignor. Lib. I. Cap. 6. nr. 7. BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 5. §. 9. n. 1. KOCH Diss. de concursu hypoth. specialis et generalis. §. 3. not. 3. HOFACKER Princ. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1167. not. b. Gmelin von Aufsätzen über Verträge, insbes. von Schuld- und Pfandverschreibungen §. 52. S. 105. und Gesterding §. 11.

57) *L.* 21. *D. de Verbor. Signif.* *L.* 9. *Cod. Quae res pignori.*

58) *L.* 12. §. 46. *D. de instrum. et instr. legato.* *L.* 9. *pr. D. de supell. legata.* *Corn. van* BYNKERSHOEK Observ. iur.

nur allein sein bewegliches und unbewegliches Vermögen verpfändet, ohne dabey zugleich des gesammten Vermögens Erwähnung zu thun. In diesem Falle erlaubt der eingeschränkte Begriff beweg- und unbeweglicher Sachen nicht, daß man auch die zu dem Vermögen des Schuldners gehörigen unkörperlichen Sachen unter der geschehenen Verpfändung mit begreife [59]).

Ob nun gleich ein allgemeines Pfandrecht alles unter sich begreift, was der Schuldner nicht nur zur Zeit der Verpfändung in bonis hat, sondern auch was er noch in der Folge erwirbt, so erstreckt es sich doch 1) nicht auf diejenigen Sachen, welche der Schuldner auch nicht einzeln und besonders hätte verpfänden können. Dahin gehören diejenigen Sachen, welche der Schuldner nicht veräußern darf, es sey ihm nun die Veräußerung entweder durch ein besonderes Gesetz, oder durch Testament, oder durch Vertrag verboten. Denn Sachen, deren Veräußerung verboten ist, können auch nicht verpfändet werden [60]). Wir werden davon *Tit.* 3. *Quae res pignori* mit Mehrerem handeln. 2) Bey einem durch Vertrag bestellten allgemeinen Pfandrecht sind diejenigen Sachen ausgeschlossen,

iur. Rom. Lib. III. cap. 2. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 226.

59) *L.* 15. §. 2. *D. de re iudic.* WERNHER Select. Observ. for. Tom. I. P. V. Obs 30. Schmidt Abhandlungen 2. B. Nr. 49. §. 8. Anderer Meinung ist zwar BERGER c. l. allein man s. HAUBOLD ad *Eundem* not. 2. Tom. I. p. 558.

60) *L.* 1. §. 2. *D. Quae res pignori. L.* 9. §. 1. *D. de pignorib. L. ult. Cod. de rebus alien. non alienand.*

sen, von denen es nicht wahrscheinlich ist, daß der Schuldner sie besonders würde verpfändet haben. Denn der Umfang eines solchen Pfandrechts muß nach der vermuthlichen Absicht des Verpfänders beurtheilt werden. Vermöge derselben werden daher a) diejenigen Sachen nicht als mit verpfändet angesehen, welche der Schuldner zum täglichen Gebrauche nöthig hat. Z. E. Hausgeräthe, Handwerkszeug, Kleider, u. d. b) Auch diejenigen nicht, zu denen der Schuldner eine besondere Zuneigung hat, weshalb er sie einzeln nicht verpfändet haben würde. Z. B. wenn unter den Sklaven natürliche Kinder des Verpfänders sich befanden, die er mit einer Sklavin, mit welcher er in Concubinat lebte, erzeugt hatte, so waren weder diese Kinder, noch die Concubine des Schuldners dem von ihm bestellten allgemeinen Pfandrecht unterworfen. Es gehören hierher folgende Gesetzstellen.

L. 6. D. h. t. ULPIANUS *libro 73. ad Edictum.* Obligatione generali rerum, *quas quis habuit, habiturusve sit*, ea non continebuntur, *quae verisimile est, quemquam specialiter obligaturum non fuisse:* utputa supellex: item vestis relinquenda est debitori; et ex mancipiis, quae in eo usu habebit, ut certum sit, eum pignori daturum non fuisse: proinde de ministeriis eius pērquam ei necessariis, vel quae ad affectionem eius pertineant;

L. 7. PAULUS *Lib. 68. ad Edictum.* Vel quae in usum quotidianum habentur, Serviana non competit.

L. 8.

L. 8. ULPIANUS *Lib.* 73. *ad Edictum.* Denique concubinam, filios naturales, alumnos constitit generali obligatione non contineri, et si qua alia sunt huiusmodi ministeria.

L. 1. *Cod. Quae res pignori.* SEVERUS et ANTONINUS AA. *Optato.* Alumnos tuos, et ceteras res, *quas neminem credibile est pignori specialiter daturum fuisse*, generali pacti conventione, quae de bonis tuis facta est, in causa pignoris non fuisse, rationis est.

Da die Beyspiele, welche sowohl in der *L.* 8. *D.* als *L.* 1. *C. cit.* angeführt werden, auf unsere Zeit nicht mehr passen, so würde es heut zu Tage der Beurtheilung des Richters zu überlassen seyn, ob die besondere Affection, wegen welcher der Schuldner eine gewisse Sache von der General-Hypothek ausgeschlossen haben will, für vernünftig zu halten, und überhaupt einer solchen Beschränkung Statt zu geben sey, ohne dem Sicherheitsrecht des Gläubigers zu nahe zu treten. Dem Schuldner kann darüber der Eid deferirt werden. Ob nicht der Tod des Schuldners hierin eine Aenderung mache, und diese Ausnahme aufhebe, ist zweifelhaft. Die meisten Rechtsgelehrten [61]) sind der Meinung, daß der Gläubiger auch selbst noch nach dem Tode des Schuldners die einmal vom allgemeinen Pfandrecht eximirten Sachen nicht angreifen könne. Allein

61) BACHOV Tr. de pignorib. Lib. I. cap. 7. nr. 1. CARPZOV Iurispr. for. P. II. Const. 23. Def. 11. und HERT cit. Diss. Cap. IV. §. 8.

Allein dagegen läßt sich freylich noch einwenden, daß nun der Grund wegfällt. Denn mit dem Tode des Schuldners hören ja tägliche Bedürfnisse und Zuneigung auf. Was kann also nun noch dem Wahlrecht des Gläubigers, aus welcher Sache er seine Befriedigung suchen wolle, so wie ihm solches die General-Hypothek gewährt [62]), entgegen stehen [63])? Indessen verdient der Erbe allerdings Gehör, wenn er ein besonderes Interesse beweisen kann, daß die Execution in eine gewisse Sache nicht vollstreckt werde; und da überhaupt jene Sachen nur so lange ausgenommen sind, als noch anderes Vermögen des Schuldners zur Befriedigung des Gläubigers vorhanden ist, so würden auf jeden Fall diese ausgenommenen Sachen, sofern nicht einem Andern dingliche Rechte daran ertheilt sind, auch noch nach dem Tode des Schuldners dem Gläubiger zum Object der Execution dienen, wenn er sonst nicht befriediget werden kann [64]). Denn die eigenen Güter des Erben sind der von dem Schuldner bestellten Generalhypothek nicht unterworfen [65]).

Eine

62) *L.* 2. *pr. D. Qui potiores in pignore.*

63) S. WORDENHOFF Diat. de concursu et collisione utriusque hypothecae tum generalis tum specialis §. 13. und *Io. Herm.* BECKER Diss. de pignore universitatis. *Ienae* 1791. §. 4.

64) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1167. not. d. Westphal's Pfandrecht §. 37. Not. 59. und Thibaut Syst. des Pand. Rechts 2. B. §. 638.

65) *L.* 29. *pr. D. h. t.* PAULUS respondit, generalem quidem conventionem sufficere ad obligationem pignorum: sed ea, quae ex bonis defuncti non fuerunt, sed postea ab herede eius ex alia causa adquisita sunt, vindicari non posse a creditore testatoris.

Eine allgemeine Hypothek giebt übrigens dem Gläubiger das Recht, aus jedem darunter begriffenen Stück der Güter des Schuldners, nach seinem Gefallen, seine Befriedigung zu suchen[66]), wenn auch die Sache, welche er mit der actio hypothecaria verfolgt, einem spätern Gläubiger besonders wäre verpfändet worden, und das übrige Vermögen zur Befriedigung des allgemeinen Pfandgläubigers genügte[67]); es müßte denn ausdrücklich ausgemacht worden seyn, daß die dem spätern Gläubiger gegebene Special-Hypothek nur dann erst angegriffen werden sollte, wenn das allgemein verpfändete übrige Vermögen zur Befriedigung des ersten Gläubigers nicht hinreichen würde. Nun sind zwey Fälle denkbar. Der erste Pfandgläubiger erhält seine Befriedigung. Hier ist nun der Fall nicht eingetreten, auf welchen die Special-Hypothek des zweyten Gläubigers dem ersten Gläubiger haften sollte, und der Special-Pfandgläubiger hat nun an der ihm verpfändeten Sache die alleinige Hypothek. In dem zweyten Falle hingegen kann sich nun auch der allgemeine Pfandgläubiger an die Special-Hypothek halten, als welche ihm auf diesen Fall in subsidium haftet[68]).

66) *L.* 8. *D. de distract. pignor.*

67) *L.* 2. *D. Qui potior. in pignore.* Westphal §. 41.

68) S. WORDENHOFF cit. Diss. §. 8. et 9.

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Achtzehnten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen

in der Palmischen Verlagsbuchhandlung.

1817.

Fortsetzung des Titels de pignoribus et hypothecis.

§. 1079.

Specielles Pfandrecht. Verpfändung einer *Universitas rerum*;

Ein specielles Pfandrecht ist nicht nur dasjenige, was an einzelnen Sachen bestellet wird; sondern es kann auch ein collectives Ganzes (universitas rerum) zum Gegenstande haben, z. B. einer Heerde Vieh, oder ein Waaren-Lager. Es ist dieses schon darum keinem Zweifel unterworfen, weil die Gesetze wegen einer solchen Universitas rerum dem Eigenthümer die rei vindicatio gestatten [1]). Ja selbst das Pfandrecht an einer Universitas iuris, z. B. an einer dem Schuldner angefallenen Erbschaft, er habe es nun entweder seinem Gläubiger selbst bestellt, oder es rühre von seinem Erblasser her, ist dennoch in Rücksicht des übrigen Vermögens des Erben, auf welches der Gläubiger sein Pfandrecht nicht erstrecken kann, nur ein specielles, wenn gleich der Erbe die Erbschaft schon an-

1) *L.* 1. §. 3. *D. de rei vind.* *L.* 3, *L.* 56. *D. eodem.* STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXVI. Tit. 21. et MÜLLER ad *Eundem* not. γ.

angetreten hat[2]). Der Unterschied zwischen diesen beyden Arten des Pfandrechts besteht darin, daß wenn blos einzelne Sachen verpfändet worden sind, das Pfandrecht des Gläubigers sich zwar auch zugleich auf die Früchte der Sache, und deren Accession erstreckt, aber nicht auf dasjenige, was an die Stelle derselben, wenn sie z. B. veräußert worden, oder zu Grunde gegangen seyn sollte, als ein Surrogat derselben getreten ist[3]); dahingegen das an einer universitas rerum bestellte Pfandrecht nicht nur den Zuwachs, sondern auch die nachher noch hinzugekommenen neuen Sachen umfaßt; sollte auch dadurch die ganze Universitas erneuert worden seyn. Bey verpfändeten Viehheerden, und Waarenlagern leidet dieses wenigstens keinen Zweifel, da hierüber die Gesetze ganz bestimmt entscheiden.

L. 13. *pr. D. h. t.* MARCIANUS *libro singulari ad formulam hypothecariam.* Grege pignori obligato, quae postea nascuntur, tenentur: *sed et si prio-*

2) *L.* 29. *D. de pignorib.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. und BECKER Diss. cit. de pignore universitatis §. 12.

3) *L.* 26 §. 2 *D. h. t.* Lucius Titius praedia et mancipia, quae in praediis erant, obligavit: heredes eius, praediis inter se divisis, illis mancipiis defunctis, alia substituerunt: creditor postea praedia cum mancipiis distraxit. Quaeritur, an ipsa mancipia, quae sunt modo in praediis constituta, hoc est, in hypothecis, emtor vindicare recte possit? MODESTINUS respondit, si neque pignerata sunt ipsa mancipia, neque ex pigneratis ancillis nata, minime creditoribus obligata esse. S. BALDUINUS Tr. de pignorib. Cap. 9. pag. 45. BACHOV eod. Tr. Lib. II. Cap. 5. nr. 2. VOET Comm. h. t. §. 5.

prioribus capitibus decedentibus, totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur.

L. 34. *pr. D. eodem.* SCAEVOLA *libro XXVII. Digestorum.* Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur? et si eas merces per tempora distraxerit, et alias comparaverit, easque in eam tabernam intulerit, et decesserit, an omnia, quae ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint, et res aliae illatae? Respondit, ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur.

Die Verpfändung einer solchen Universitas rerum, von welcher beyde Gesetzstellen reden, hat also das Eigene, daß hier nicht sowohl die einzelnen Stücke, welche zur Zeit der Verpfändung das Ganze ausmachten, sondern vielmehr das collective Ganze selbst als der eigentliche Gegenstand des Pfandrechts zu betrachten ist. Der Grund liegt in der Natur der Sache. Denn beyde Arten der Universitas sind so beschaffen, daß sie ihrer Natur nach dem Tausch und Wechsel unterworfen sind, und daher vermehrt und vermindert werden können, ohne daß dadurch die Universitas aufhört eine solche zu seyn [4]), oder das Pfandrecht des Gläubigers eine Aenderung leidet [5]). Der Gläubiger

4) §. 18. *I. de legatis. L.* 76. *D. de iudic.*

5) S. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Constituitur. Oper.* T. II. pag. 434. und Westphal Pfandrecht §. 17. Not. 32. a. E. und § 135.

biger kann daher sein Pfandrecht an allen denjenigen Sachen verfolgen, welche zur Zeit der angestellten actio hypothecaria die Universitas ausmachen, gerade so, wie auch der Eigenthümer einer solchen Universitas die zur Zeit der angestellten rei vindicatio zu ihr gehörigen Sachen in Anspruch nehmen kann, wenn sie gleich Anfangs nicht dazu gehörten [6]). Ob aber auch bey andern Arten der Universitas, bey denen ein solcher Wechsel nicht eintritt, wie z. B. bey einer Bibliothek, Guths-Inventarium u. d. derselbe Grundsatz anzunehmen sey, ist streitig. **Bachov** [7]), dem auch **Thibaut** [8]) beystimmt, läugnet, daß aus dem, was die Gesetze von Heerden und Waarenlagern verordnen, eine allgemeine Regel abzuleiten sey. Allein es sind hier eigentlich zwey Fragen zu unterscheiden. I. Sind bey einer verpfändeten universitas rerum auch diejenigen Sachen, welche zur Zeit der Verpfändung noch nicht zu derselben gehörten, sondern erst in der Folge hinzugekommen sind, dem Pfandrecht des Gläubigers unterworfen? **Leyser** [9]) bejahet diese Frage, und ich glaube, man kann ihm hier, mit **Hofacker** [10]) eher, als dem **Bachov**, Recht geben, wenn gleich der Grund, wodurch er den Satz: cum corpus aliquod vel universitas rerum obligatur, semper res etiam futuras comprehendi, unterstützt, nämlich, daß die Bestellung des

6) *L.* 3. *pr. D. de rei vindic. Ger.* NOODT Comm. ad Dig. Lib VI. Tit. I. §. *Restat.* Tom. II. *Oper.* p. 198.

7) Tr. cit. Lib. II. cap. 5. nr. 3.

8) System des Pandecten R. 2. B. §. 638. a. E.

9) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXXIII. medet. 6.

10) Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1168.

des Pfandrechts immer zum Besten des Gläubigers ausdehnend zu erklären sey, von keinem sonderlichen Gewicht ist. Richtiger leitet **Gesterding** [11]) den wahren Grund aus einem stillschweigend erklärten Willen der Contrahenten ab, vermöge welchen bey einer unbestimmt geschehenen Verpfändung einer universitas anzunehmen ist, daß auch die künftig noch hinzukommenden Sachen mit verpfändet seyn sollen; und so konnte sich denn auch schon **Leyser** auf die bereits oben angeführte *L.* 9. *Cod. Quae res pignori* mit Recht berufen. Eine andere Frage aber ist II. die, ob der Gläubiger nicht auch an den von einer verpfändeten Universitas veräußerten einzelnen Sachen sein Pfandrecht gegen den dritten Besitzer verfolgen könne? Auch hierüber sind die Rechtsgelehrten verschiedener Meinung. Einige [12]) sprechen dem Gläubiger dieses Recht ohne Unterschied ab, und stellen dasjenige, was in der *L.* 34. *pr. D. h. t.* von der Verpfändung eines Waarenlagers gesagt wird, als einen allgemeinen Grundsatz für alle andere universitates rerum auf, woran der Schuldner ein Pfandrecht bestellet hat. Andere [13]) behaupten dagegen, daß man hier nicht über die Verordnung des Gesetzes hinausgehen könne. Wenn also an den aus einem verpfändeten Waarenlager vor erhobener Pfandklage verkauften einzelnen Waaren keine Hypothek mehr haftet, so lasse sich dieses auf andere

11) Lehre vom Pfandrecht §. 7. S. 67. f.

12) HELLFELD Diss. de hypotheca mobilium. *Jenae* 1743. Cap. III. §. 3. und HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. II. Obs. 327. nr. 2.

13) CARPZOV Iurispr. for. P. II. Const. XXIII. Def. 13. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 14. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 25. LEYSER Specim. CCXXIV. medit. 6.

andere universitates rerum nicht ausdehnen. Allein beyde gehen hier wohl offenbar zu weit. Wollte man der ersten Meinung beypflichten, so würde man dem Schuldner freie Macht und Gewalt geben, das Pfandrecht des Gläubigers nach Gefallen zu vereiteln. Es ist wahr, auch die Vermehrungen, welche die verpfändete universitas noch in der Folge erhält, sind als Theile vom Ganzen dem Pfandrechte des Gläubigers unterworfen; wie folgt aber daraus, daß nun auch dasjenige von dem Pfandrechte des Gläubigers frey werde, was von dem Ganzen veräussert worden ist? Es würde dieses immer etwas Ausserordentliches seyn, was von der Regel, res transit cum sua causa, abweicht, und daher im Zweifel um so weniger angenommen werden kann, je mehr die Gesetze dafür sorgen, daß der Gläubiger hinlänglich gesichert sey [14]). Hierzu kommt, daß das auch seinen guten Grund hat, was die Gesetze von der Verpfändung der Waarenlager verordnet haben. Denn läßt sich der Gläubiger an einer solcher Universitas ein Pfandrecht bestellen, von welcher er zur Zeit der Verpfändung wußte, daß sie dem Verkehr und der Veräußerung ihrer Natur nach unterworfen sey, so hat er auch stillschweigend in die Veräußerung der einzelnen Waaren eingewilliget. Denn sonst müßte entweder der Verpfänder nun seinen Handel ganz aufgeben, oder es könnte von einem solchen Handelsmann Niemand mehr sicher Etwas kaufen, ohne sich der Gefahr auszusetzen, von dem Gläubiger desselben mit der actio hypothecaria in Anspruch genommen zu werden. Die Aufrechterhaltung des Handels und des öffentlichen Credits machte es hier also

14) *L.* 14. *Cod. de pignor. et hypoth.*

also nothwendig, von der Regel abzuweichen [15]). Allein eben dieser Grund beweißt auch, daß wir nicht blos bey einem verpfändeten Waarenlager stehen bleiben dürfen, sondern das Nämliche würde auch von einer jeden andern universitas gelten, welche sich der Verpfänder des Verkehrs wegen angeschafft hat, z. B. wenn eine Apotheke, oder eine Heerde Vieh verpfändet worden, mit welcher der Verpfänder bekanntlich Handel treibt. Nach der richtigern Meinung [16]) ist also vielmehr ein Unterschied zu machen, ob die verpfändete universitas rerum eine solche ist, mit welcher der Schuldner Handel treibt, und von welcher also der Gläubiger wußte, daß sie einem beständigen Wechsel unterworfen sey, oder ob dieselbe von der Art nicht ist, wie z. B. eine Bibliothek. In dem letztern Falle bleibt es bey der Regel, daß das Pfandrecht des Gläubigers an allen einzelnen Stücken eines verpfändeten Ganzen hafte, und diese auf den Käufer anders nicht, als mit der Hypothek beschwert, übergehen. In dem ersten Falle hingegen erstreckt sich das Pfandrecht des Gläubigers nicht auf diejenigen Waaren, und Stücke, welche von dem Schuldner verkauft worden sind, ehe der Gläubiger die Hypothekarische Klage angestellet hat. Einige Rechtsgelehrten

15) S. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LXXV. Th. 9. und Westphal §. 135. Not. 159.

16) *Sam. de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 7. Hect. Wilh. von Günderrode Abhandl. von dem Verkauf der Waaren aus einem verhypothecirten Laden. (In desselben Werken aus dem deutschen Staats- und Privat-Rechte. 2. B. S. 197.—202.) *Io. Herm.* BECKER Diss. de pignore universitatis. §. 12—14. und *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observat. pract. ad LEYSERUM T. II. Fasc. II. Obs. 452.

andere universitates rerum nicht ausdehnen. Allein beyde gehen hier wohl offenbar zu weit. Wollte man der ersten Meinung beypflichten, so würde man dem Schuldner freie Macht und Gewalt geben, das Pfandrecht des Gläubigers nach Gefallen zu vereiteln. Es ist wahr, auch die Vermehrungen, welche die verpfändete universitas noch in der Folge erhält, sind als Theile vom Ganzen dem Pfandrecht des Gläubigers unterworfen; wie folgt aber daraus, daß nun auch dasjenige von dem Pfandrecht des Gläubigers frey werde, was von dem Ganzen veräussert worden ist? Es würde dieses immer etwas Ausserordentliches seyn, was von der Regel, res transit cum sua causa, abweicht, und daher im Zweifel um so weniger angenommen werden kann, je mehr die Gesetze dafür sorgen, daß der Gläubiger hinlänglich gesichert sey [14]). Hierzu kommt, daß das auch seinen guten Grund hat, was die Gesetze von der Verpfändung der Waarenlager verordnet haben. Denn läßt sich der Gläubiger an einer solcher Universitas ein Pfandrecht bestellen, von welcher er zur Zeit der Verpfändung wußte, daß sie dem Verkehr und der Veräußerung ihrer Natur nach unterworfen sey, so hat er auch stillschweigend in die Veräußerung der einzelnen Waaren eingewilliget. Denn sonst müßte entweder der Verpfänder nun seinen Handel ganz aufgeben, oder es könnte von einem solchen Handelsmann Niemand mehr sicher Etwas kaufen, ohne sich der Gefahr auszusetzen, von dem Gläubiger desselben mit der actio hypothecaria in Anspruch genommen zu werden. Die Aufrechterhaltung des Handels und des öffentlichen Credits machte es hier also

14) L. 14. *Cod. de pignor. et hypoth.*

also nothwendig, von der Regel abzuweichen [15]). Allein eben dieser Grund beweißt auch, daß wir nicht blos bey einem verpfändeten Waarenlager stehen bleiben dürfen, sondern das Nämliche würde auch von einer jeden andern universitas gelten, welche sich der Verpfänder des Verkehrs wegen angeschafft hat, z. B. wenn eine Apotheke, oder eine Heerde Vieh verpfändet worden, mit welcher der Verpfänder bekanntlich Handel treibt. Nach der richtigern Meinung [16]) ist also vielmehr ein Unterschied zu machen, ob die verpfändete universitas rerum eine solche ist, mit welcher der Schuldner Handel treibt, und von welcher also der Gläubiger wußte, daß sie einem beständigen Wechsel unterworfen sey, oder ob dieselbe von der Art nicht ist, wie z. B. eine Bibliothek. In dem letztern Falle bleibt es bey der Regel, daß das Pfandrecht des Gläubigers an allen einzelnen Stücken eines verpfändeten Ganzen hafte, und diese auf den Käufer anders nicht, als mit der Hypothek beschwert, übergehen. In dem ersten Falle hingegen erstreckt sich das Pfandrecht des Gläubigers nicht auf diejenigen Waaren, und Stücke, welche von dem Schuldner verkauft worden sind, ehe der Gläubiger die Hypothekarische Klage angestellet hat. Einige Rechtsgelehrten

15) S. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LXXV. Th. 9. und Westphal §. 135. Not. 159.

16) *Sam. de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 7. Hect. Wilh. von Günderrode Abhandl. von dem Verkauf der Waaren aus einem verhypothecirten Laden. (In desselben Werken aus dem deutschen Staats- und Privat-Rechte. 2. B. S. 197.—202.) *Io. Herm.* BECKER Diss. de pignore universitatis. §. 12—14. und *Io. Ern. Just.* MÜLLER Observat. pract. ad LEYSERUM T. II. Fasc. II. Obs. 452.

andere universitates rerum nicht ausdehnen. Allein beyde gehen hier wohl offenbar zu weit. Wollte man der ersten Meinung beypflichten, so würde man dem Schuldner freie Macht und Gewalt geben, das Pfandrecht des Gläubigers nach Gefallen zu vereiteln. Es ist wahr, auch die Vermehrungen, welche die verpfändete universitas noch in der Folge erhält, sind als Theile vom Ganzen dem Pfandrecht des Gläubigers unterworfen; wie folgt aber daraus, daß nun auch dasjenige von dem Pfandrecht des Gläubigers frey werde, was von dem Ganzen veräussert worden ist? Es würde dieses immer etwas Ausserordentliches seyn, was von der Regel, res transit cum sua causa, abweicht, und daher im Zweifel um so weniger angenommen werden kann, je mehr die Gesetze dafür sorgen, daß der Gläubiger hinlänglich gesichert sey [14]). Hierzu kommt, daß das auch seinen guten Grund hat, was die Gesetze von der Verpfändung der Waarenlager verordnet haben. Denn läßt sich der Gläubiger an einer solcher Universitas ein Pfandrecht bestellen, von welcher er zur Zeit der Verpfändung wußte, daß sie dem Verkehr und der Veräußerung ihrer Natur nach unterworfen sey, so hat er auch stillschweigend in die Veräußerung der einzelnen Waaren eingewilliget. Denn sonst müßte entweder der Verpfänder nun seinen Handel ganz aufgeben, oder es könnte von einem solchen Handelsmann Niemand mehr sicher Etwas kaufen, ohne sich der Gefahr auszusetzen, von dem Gläubiger desselben mit der actio hypothecaria in Anspruch genommen zu werden. Die Aufrechterhaltung des Handels und des öffentlichen Credits machte es hier also

14) *L.* 14. *Cod. de pignor. et hypoth.*

also nothwendig, von der Regel abzuweichen [15]). Allein eben dieser Grund beweißt auch, daß wir nicht blos bey einem verpfändeten Waarenlager stehen bleiben dürfen, sondern das Nämliche würde auch von einer jeden andern universitas gelten, welche sich der Verpfänder des Verkehrs wegen angeschafft hat, z. B. wenn eine Apotheke, oder eine Heerde Vieh verpfändet worden, mit welcher der Verpfänder bekanntlich Handel treibt. Nach der richtigern Meinung [16]) ist also vielmehr ein Unterschied zu machen, ob die verpfändete universitas rerum eine solche ist, mit welcher der Schuldner Handel treibt, und von, welcher also der Gläubiger wußte, daß sie einem beständigen Wechsel unterworfen sey, oder ob dieselbe von der Art nicht ist, wie z. B. eine Bibliothek. In dem letztern Falle bleibt es bey der Regel, daß das Pfandrecht des Gläubigers an allen einzelnen Stücken eines verpfändeten Ganzen hafte, und diese auf den Käufer anders nicht, als mit der Hypothek beschwert, übergehen. In dem ersten Falle hingegen erstreckt sich das Pfandrecht des Gläubigers nicht auf diejenigen Waaren, und Stücke, welche von dem Schuldner verkauft worden sind, ehe der Gläubiger die Hypothekarische Klage angestellet hat. Einige Rechtsgelehrten

15) S. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LXXV. Th. 9. und Westphal §. 135. Not. 159.

16) *Sam. de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 7. Hect. Wilh. von Günderrode Abhandl. von dem Verkauf der Waaren aus einem verhypothecirten Laden. (In desselben Werken aus dem deutschen Staats- und Privat-Rechte. 2. B. S. 197.—202.) *Io. Herm.* BECKER Diss. de pignore universitatis. §. 12—14. und *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observat. pract. ad LEYSERUM T. II. Fasc. II. Obs. 452.

ten[17]) wollen zwar einen Unterschied machen zwischen Kaufleuten, welche die Handlung nur im Kleinen treiben, — Detail-Händler, und solchen, welche en gros handeln, — Groß-Händler; und ersteren nicht erlauben, Waaren in größern Quantitäten zu verkaufen. Sie glauben, daß in diesem Falle gegen den Käufer einer solchen beträchtlichen Quantität die hypothekarische Klage angestellt werden könne, besonders wenn der Schuldner nicht eine eben so beträchtliche Quantität Waaren wieder dagegen angeschafft haben sollte. Allein dieser Unterschied wird mit Recht von Andern[18]) verworfen. Denn auch davon abgesehen, daß die Gränze zwischen dem Groß- und Detail-Handel nicht allenthalben gleichförmig, und genau bestimmt ist[19]); so hat ja der Gläubiger einer solchen Hypothek einmal in die mit der Treibung des Handels unzertrennlich verbundene Veräußerungsfreyheit eingewilliget; der Gläubiger kann daher auch dem Schuldner nun nicht wehren, wenn er durch Verkauf einer größern Quantität von Waaren sich einen Gewinn zu verschaffen sucht. Er hat es sich vielmehr selbst beyzumessen, daß er sich nicht besser vorgesehen hat. Sollte jedoch der Gläubiger nachweisen können, daß der Schuldner ihn betrüglich zu hintergehen suche, so kann er sich deshalb an den Richter wenden, welcher dann, nach Befinden der Umstände, entweder die betrügliche Veräußerung aufheben, oder dem Schuld-

17) LEYSER c. l. Spec. CCXXIV. med. 6. und von Günderode a. a. O. §. 5. S. 199.

18) S. MÜLLER c. l. Obs. 452. und BECKER cit. Diss. §. 14. pag. 38. sq.

19) S. von Martens Grundriß des Handelsrechts. §. 10.

Schuldner dergleichen Veräußerung, untersagen, oder ihn anhalten kann, den Gläubiger durch Bürgen gegen allen besorglichen Nachtheil sicher zu stellen. Es hat auch keinen Zweifel, daß wenn der Schuldner sein ganzes Waarenlager auf einmal verkauft, oder dasselbe mit einem Andern theilt, die darauf haftende Hypothek unverändert bleibe [20]).

Noch ist hier der Fall zu erörtern, wenn dem Gläubiger, wegen einer und derselben Forderung, neben dem allgemeinen, noch ein besonderes Pfandrecht auf ein einzelnes Stück der Güter des Schuldners gegeben wird. Was hat eine solche Verbindung beyder Hypotheken in der Person eines Gläubigers für eine rechtliche Folge? Viele [21]) behaupten ganz allgemein, der Gläubiger müsse sich, wenn kein Variations-Recht vorbehalten ist, zuvörderst an die Specialhypothek halten, und zwar ohne Unterschied, es werde gegen den Schuldner selbst, oder gegen einen andern Pfandgläubiger desselben, oder gegen den dritten Besitzer der General-Hypothek geklagt; die letztere könne also nicht eher angegriffen werden, als wenn der Gläubiger aus jener seine Befriedigung nicht erhalten hat. An-

20) MERLINUS Tr. de pignorib. Lib. II. Tit. 1. Qu. 45. nr. 51. sqq. und LEYSER c. l. medit. 6.

21) *Hartm.* PISTORIS Quaest. iuris Lib. III. Qu. 13. MEVIUS P. II. Decis. 116. 117. et 285. et P. IV. Decis. 48. de BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. V. Th. 9. Not. 2. ERXLEBEN Princip. de iure pignorum et hypothecar. §. 317. HOFACKER Princ. iuris civ. Rom. Germ. T. II. §. 1191. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 75. Not. 2. der 4. Aufl. u. a.

Andere hingegen lassen jenen Satz nur dann[22]) gelten, wenn der Besitzer entweder der Verpfänder selbst oder ein anderer Pfandgläubiger ist, nicht aber, wenn ein dritter Besitzer belangt wird.

Noch andere[23]) unterscheiden; a) wenn kein Variationsrecht bedungen worden, und 1) der Schuldner selbst belangt wird, welcher sowohl die zur allgemeinen Hypothek gehörigen, als die besonders verpfändeten Güterstücke besitzt, so habe der Gläubiger ein gleiches Recht an allen ihm verpfändeten Vermögensstücken des Schuldners, und ihm stehe daher die freye Wahl zu, welche Stücke er zuerst angreifen wolle, um zu seiner Bezahlung zu gelangen. 2) Wenn aber ein dritter Besitzer belangt werde, so soll es wieder darauf ankommen, ob der Schuldner noch Vermögen besitzt, welches zur General- oder Special-Hypothek gehört; dann müsse sich der Gläubiger zuerst an den Schuldner halten, weil hier dem dritten Besitzer das beneficium excussionis zustehe. Wenn hingegen 3) beyde Hypotheken in fremden Händen sich befinden, so müsse der Gläubiger zuerst die Special-Hypothek verfolgen, ehe er den Besitzer der General-Hypothek in Anspruch nehmen könne. b) Hat sich der Gläubiger das ius variandi vor-

22) Weber vom pignore tacito subsidiario, oder der stillschweigenden Willenserklärung der Contrahenten bey Verbindung einer allgemeinen und besondern Hypothek. (In desselben Versuchen über das Civilrecht. S. 117. — 150.) HAUROLD ad Bergeri Oeconom. iuris Lib. II. Tit. V. Th. 9. not. a. Tom. I. pag. 558. sq. und Thibaut System des Pandectenrechts 2. B. §. 639.

23) Westphal Pfandrecht §. 35. Not. 53. und §. 280.

vorbehalten, so habe dieser Vertrag zwar seine Wirkung in dem Falle, wenn alle sowohl zur General- als Special-Hypothek gehörigen Güterstücke in fremden Händen sind, in welchem Falle dann der Gläubiger die Wahl habe, ob er den fremden Besitzer, welcher die Special-Hypothek, oder denjenigen Besitzer, welcher die zur General-Hypothek gehörigen Stücke in Händen hat, zuerst belangen wolle. Wenn aber der Schuldner noch selbst Vermögen besitzt, so könne dem dritten Besitzer der verpfändeten Güter das ihm nach den Gesetzen zustehende beneficium excussionis dadurch nicht genommen werden. Endlich nach einer vierten Meinung [24]) legt man der Verbindung der allgemeinen mit der speciellen Hypothek nur die Wirkung bey, daß zwar der nachstehende Pfandgläubiger, wenn er von dem erstern mit der actio hypothecaria belangt wird, vermöge einer besondern ihm in den Gesetzen ertheilten Rechtswohlthat, welche man beneficium excussionis reale zu nennen pflegt, den Kläger auf die ihm speciell verpfändeten Sache verweisen könne, wenn diese zu seiner Befriedigung hinreichend sey; in allen übrigen Fällen aber habe der Gläubiger, dem zugleich eine specielle und generelle Hypothek zusteht, an und für sich,

d. h.

24) *Car. Ott.* RECHENBERG Diss. qua creditoris hypothecarii aequale ius in bonis debitoris generaliter et specialiter obligatis ex L. 8. Cod. de pignorib. defenditur. *Lipsiae* 1729. WORDENHOFF Diss. de concursu et collis. utriusque hypothecae tum generalis tum specialis. §. 10. et 11. §. 12. 20. et 21. *Io. Christph.* KOCH Diss. de concursu hypothecae specialis et generalis. *Giessae* 1782. §. 14. 17. et 21. und Gesterding Lehre vom Pfandrecht. §. 45.

d. h. wofern nicht zwischen dem Gläubiger und Schuldner ein Anders ausdrücklich verabredet worden, ein gleiches Recht an allen und jeden Vermögensstücken des Schuldners, und da die Gesetze von dieser Regel nur aus einer billigen Begünstigung des nachstehenden Pfandgläubigers abgewichen seyen, so könne diese Rechtswohlthat so wenig auf den Schuldner, als auf einen dritten Besitzer, der kein nachstehender Pfandgläubiger ist, ausgedehnt werden.

Um diese Meinungen gehörig zu beurtheilen, ist es nöthig, die Gesetzstellen selbst näher zu betrachten, worauf sich alle berufen. Es sind folgende.

L. 2. *Cod. de pignorib. et hypoth.* Impp. SEVERUS *et* ANTONINUS AA. *Lucio* Quamvis constet *specialiter* quaedam et universa bona *generaliter* adversarium tuum pignori accepisse, et *aequale ius in omnibus habere:* iurisdictio tamen temperanda est. Ideoque *si certum est, posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum:* ea, quae postea ex eisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri Praeses provinciae iubebit.

L. 9. *Cod. de distract. pignorum.* Impp. DIOCLETIAN. *et* MAXIM. AA. *Cillo.* Quae *specialiter* vobis obligata sunt, debitoribus detrectantibus solutionem, bona fide debetis et solemniter vendere. Ita enim apparebit, an ex pretio pignoris debito satisfieri possit. *Quod si quid deerit, non prohibemini cetera etiam bona iure conventionis consequi.*

L. 2.

L. 2. D. Qui potiores in pignore. PAPINIANUS *libro III. Responsorum.* Qui *generaliter* bona debitoris pignori accepit, eo potior est, cui postea praedium ex his bonis datur: quamvis ex ceteris pecuniam suam redigere possit. Quodsi ea conventio prioris fuit, ut ita demum cetera bona pignori haberentur, si pecunia de his, quae generaliter accepit, servari non potuisset: deficiente secunda conventione, secundus creditor in pignore postea dato non tam potior, quam solus invenietur.

Nur die erste Gesetzstelle redet namentlich von einem solchen Pfandgläubiger, welchem zugleich eine specielle und generelle Hypothek bestellt worden ist. Es scheint diese Art der allgemeinen Güterverpfändung in Verbindung mit einer vorausgehenden speciellen Hypothek in einer und derselben Pfandverschreibung bey den Römern sehr gewöhnlich gewesen zu seyn. Dieß erhellet aus einer Stelle des Cajus, welcher *L. 15. §. 1. D. de pignorib.* sagt: Cottidie inseri solet cautionibus, *ut specialiter rebus hypothecae nomine datis, cetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet, et quae postea adquisierit, perinde atque si specialiter hae res fuissent obligatae.* Es wird nun zuerst der Grundsatz, als eine an sich bekannte Rechtswahrheit, aufgestellt, der Gläubiger, welchem zugleich eine specielle und generelle Hypothek gegeben worden ist, hat an und für sich ein gleiches Recht an allen und jeden Vermögensstücken des Schuldners. Dieß bringt auch schon die Natur eines allgemeinen Pfandrechts mit sich, welcher durch die Verbindung desselben mit einer Special-Hypothek nicht derogirt

girt wird[25]). Von dieser Regel des strengen Rechts macht jedoch das Gesetz aus billiger Hinsicht in dem Falle eine Ausnahme, wenn der Schuldner einem spätern Gläubiger an einzelnen zur General-Hypothek des erstern Gläubigers gehörigen Gütern eine Special-Hypothek gegeben hat. Wird dann der nachstehende Pfandgläubiger von dem erstern mit der actio hypothecaria belangt, so hat die Verbindung der Special-Hypothek mit der allgemeinen die Wirkung, daß der nachstehende Pfandgläubiger den Kläger zuvörderst auf die ihm speciell verpfändete Sache verweisen kann, wenn es gewiß ist, daß er daraus seine vollkommene Befriedigung erhalten könne. Es ist also hier nach den klaren Worten des Gesetzes nur davon die Frage, was die Verbindung beyder Hypotheken in der Person eines vorgehenden Gläubigers im Falle der Concurrenz mit einem nachstehenden Special-Pfandgläubiger für eine Wirkung habe? Die Worte: *Ea, quae postea ex iisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri Praeses provinciae iubebit*, lassen hierüber keinen Zweifel übrig, und der Ausdruck *adversarius* geht daher auf den ersten Pfandgläubiger, welcher hier darum so genennt wird, weil er den zweyten Pfandgläubiger, welchem von der General-Hypothek des ersten Pfandgläubigers etwas speciell war verpfändet worden, und in dessen Besitz derselbe sich befand, deshalb mit der actio hypothecaria in Anspruch genommen hatte. Daß hier der Streit nur unter concurrirenden Pfandgläubigern war, beweisen auch die Basiliken[26]), wenn es bey den klaren Wor-

25) S. WORDENHOFF c. l. §. 12.

26) Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 2. Const. 39. pag. 43.

Worten des Gesetzes ja noch eines solchen Beweises bedürfte. Es ist daher eine auffallend unrichtige Erklärung der Glosse, wenn sie bey dem Worte: *iubebit*, die Bemerkung macht: Accipe hanc legem *possidente debitore* [27]). Dahingegen hat von Pufendorf [28]) sehr richtig eingesehen, daß sich auch der nachstehende Pfandgläubiger vergeblich auf die Wohlthat dieses Gesetzes berufen werde, wenn ihm, außer der Special-Hypothek, auch noch ein allgemeines Pfandrecht wäre bestellet worden. Ob nun gleich der Grund der Entscheidung unsers Gesetzes ausdrücklich nur in der Billigkeit gesetzt wird, wie die Worte: *Iurisdictio tamen temperanda est*, ganz deutlich anzeigen, welche nach der Erklärung eines Mascan [29]) und Giffen [30]): nichts anders heißen, als temperamentum aequitatis adhibendum est [31]); so leiten doch fast alle Ausleger den Grund derselben aus einer stillschweigenden oder vermuthlichen Willensmeinung der

27) Man sehe hier WORDENHOFF eic. Diss. §. 10. et 11. wo er diese offenbar ungereimte Erklärung der Glosse noch ausführlicher widerlegt hat.

28) Observat. iuris univ. Tom. IV. Obs. 127. §. 4.

29) Comm. ad h. L.

30) Explanat. difficil. et celebrior. LL. Cod. ad L. 2. C. de pignor. P. II. pag. 316.

31) Das Wort *Iurisdictio* bezeichnet hier das richterliche Amt, welches in diesem Falle die Billigkeit dem strengen Recht vorzuziehen angewiesen wird. In gleichem Sinne sagt Paulus *L. 11. D. de in ius voc.* moderandam esse iurisdictionem. Man vergleiche noch *L. 5. §. 13. Cod. de sentent. et interlocut. L. 11. D. de dolo malo.*

der Contrahenten her, weil sich ausserdem kein vernünftiger Grund denken lasse, warum eine Sache, die schon unter dem allgemeinen Pfandrecht mit begriffen ist, besonders verpfändet worden sey[32]). Cujaz[33]) sagt, anfangs sey es immer bey einer solchen Verpfändung ausdrücklich ausgemacht worden, daß die Generalhypothek nur dann dem Gläubiger haften solle, wenn die ihm ebenfalls bestellte Specialhypothek zu seiner Befriedigung nicht hinreichen würde, wie sich aus *L. 2. in fin. D. Qui potior. in pignore* ergebe, welche in den letzteren Worten von dem nämlichen Falle rede, und in welcher daher statt *generaliter* accepit, nach einigen Handschriften *specialiter* accepit gelesen werden müsse. Nachher habe man dieses auch, ohne ausdrückliche Beyfügung jener Bedingung, als billig, und sich von selbst verstehend angenommen, weil es schon in der stillschweigend erklärten Willensmeinung der Contrahenten gegründet sey. Wegen dieses Grundes sey daher auch kein Unterschied, ob der Streit zwischen dem ersten und zweyten Gläubiger; oder zwischen dem Gläubiger und Schuldner, der noch beyde Hypotheken besitzt, geführt werde. Dem Cujaz

stimmt

32) *Eg.* BARO Manual. Lib. VIII. Tit. 4. CONNANUS Commentar. iur. civ. Lib. IV. Cap. 16. nr. 6. FABER Conjectur. iur. civ. Lib. VI. c. 13. et de Erroribus Pragmaticorum. Decad. VI. Err. 3. princ. DONELLUS Commentar. ad L. 2. Cod. de pignorib. nr. 4. RUSSARDUS in Not. ad L. 2. D. Qui potior. in pign. und PISTORIS Quaestion. iur. Lib. III. Qu. 13. nr. 9.

33) Lib. III. Responsor. Papiniani ad L. 2. D. Qui pot. in pign. (*Oper. postum.* Tom. I. pag. 126. edit. *Fabrot.*) et Observation. Lib. XI. cap. 32.

stimmt auch Schifordegher [34]) bey, nur daß letzterer behauptet, es sey dieses überdem auch in der oben angeführten *L.* 9. *Cod. de distract. pignor.* klar verordnet. Allein eine genauere Betrachtung der oben angeführten beyden letzteren Gesetzstellen wird uns lehren, daß sie von dem Falle, da dem Gläubiger zugleich eine Special- und Generalhypothek ertheilt worden ist, nicht deutlich reden.

Soviel zuerst die *L.* 9. *Cod. de distract. pignor.* anbetrifft, so lassen uns zwar die Worte: *debitoribus detrectantibus solutionem*, nicht daran zweifeln, daß hier der Streit zwischen dem Gläubiger und Schuldner obwaltete, da der Zahlungssäumniß des Schuldners in dem dispositiven Theile des Gesetzes gedacht wird. Allein daß dem Gläubiger, neben der Specialhypothek, von deren Veräusserung hier die Rede ist, auch noch eine Generalhypothek bestellet worden, läßt sich aus den letzteren Worten: *non prohibemini cetera etiam bona iure conventionis consequi*, nicht mit vollkommener Ueberzeugung beweisen. Es scheint vielmehr die Hauptfrage, welche in diesem Gesetz entschieden wird, nur die Art der Veräusserung der den Gläubigern verpfändeten Sachen betroffen zu haben, wie nicht nur die Worte: *Quae specialiter vobis obligata sunt*, — BONA FIDE *debetis et* SOLEMNITER *vendere*, zu erkennen geben, sondern auch die Ueberschrift des Titels beweißt, unter welchem diese Verordnung erscheint. Eine andere damit verbundene Frage war dann noch die, wenn durch die gesetzmäßig unternommene Veräußerung der verpfändeten Sachen nicht so viel wäre gelöset worden, als zur vollkommenen Befrie-

34) Ad *Anton. Fabrum.* Lib. III. Tr. XII. Qu. 6—8.

bigung der Gläubiger erforderlich ist, welcher Anspruch ihnen an den übrigen Gütern des Schuldners verbleibe? Natürlich konnte diese Frage nur dahin entschieden werden, daß ihnen deswegen nur die aus dem Schuldvertrage entspringende persönliche Klage zustehe, mittelst welcher sie ihre Befriedigung aus dem übrigen Vermögen des Schuldners suchen können. Dieß scheint mir, wie auch Wordenhoff[35]) annimmt, der natürliche Sinn der Worte *iure conventionis* zu seyn. Denn daß den Gläubigern, in dem Falle, von welchem in unserm Gesetz die Rede ist, nur eine Specialhypothek allein zustand, bestärken auch die Basiliken[36]), in welchen das Gesetz so lautet: Ἐὰν ὁ δανειστὴς πωλῶν τὴν ἰδικὴν ὑποθήκην, τὸ ἱκανὸν μὴ ὑπομείνῃ, δυνάται λοιπὸν καὶ τὰ ἄλλα πράγματα ἐκδικεῖν, ἢ πιπράσκειν ὡς ὑποκείμενα αὐτῷ. i. e. *Si creditori integra pecunia ex pretio specialis hypothecae numerata non sit, potest residuum et cetera etiam bona iudicio persequi, aut distrahere,* TANQUAM SIBI OBLIGATA. Gesetzt aber auch, man wollte das Gesetz von dem Falle verstehen, da dem Gläubiger, außer der Specialhypothek, auch noch eine Generalhypothek bestellet worden, so würden doch die Worte *iure conventionis* noch immer einen andern sehr natürlichen Sinn zulassen, wenn man einen solchen Fall annimmt, wo ausdrücklich verabredet war, daß das übrige Vermögen nur unter der Bedingung haften und angegriffen werden solle, wenn die Specialhypothek zur Befriedigung des Gläubigers nicht hinreichen sollte, wie auch

Koch

35) Cit. Diss. §. 11. in fin.

36) Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 7. Const. 31. pag 76.

Koch [37]) und Gesterding [38]) diese Worte erklären. Es ist demnach kein ausdrückliches Gesetz vorhanden, welches nach dem Schuldner gegen den Gläubiger das Recht einräumt, welches die *L.* 2. *Cod. de pignoribus* dem nachgehenden Pfandgläubiger gegen den ihm vorgehenden Pfandgläubiger in dem Falle giebt, da diesem eine specielle Hypothek zugleich bestellet worden ist; und selbst in diesem Falle erfordert das Gesetz ausdrücklich, daß es gewiß sey, der erste Gläubiger könne aus der Specialhypothek seine vollkommene Bezahlung erhalten. Kann also der Gläubiger beweisen, daß die Specialhypothek nach ihrer dermaligen Beschaffenheit zu seiner Befriedigung nicht hinreichend sey, welcher Beweis ihm jedoch um so mehr obliegt, da er die Beklagung ausmacht, unter welcher er den ihm sonst gesetzlich vorgeschriebenen Weg verlassen, und, mit Uebergehung der Specialhypothek, sogleich die Generalhypothek angreifen kann [39]); so fällt dann selbst die dem nachgehenden Pfandgläubiger ertheilte Rechtswohlthat weg [40]). Da indessen nicht wohl zu begreifen ist, warum die Verbindung einer besondern Hypothek mit einer allgemeinen nur blos in Ansehung des nachgehenden Pfandgläubigers von Wirkung seyn solle, indem vielmehr ver-

37) Diss. cit. §. 21 pag. 27.

38) Pfandrecht §. 45. S. 348.

39) Hierin hat Herr Prof. Weber in der oben angeführten Abhandlung §. 11. Not. 18. (Versuche S. 142. f.) vollkommen Recht, und Herr Prof. Gesterding §. 45. S. 350. hat diese Meinung aus keinem hinreichenden Grunde widerlegt.

40) S. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad Ant. *Fabrum* Lib. III. Tr. XII. Qu. 6. pag. 153. sq. und WORDENHOFF cit. Diss. §. 21. pag. 749. sq.

vernünftiger Weise anzunehmen ist, daß der Schuldner eher auf sich und seine eigenen Verhältnisse Bedacht genommen haben werde, als auf das künftige Interesse eines Dritten; so läßt sich auch wohl in dem Falle, da der Gläubiger den Schuldner selbst, welcher noch beyde Hypotheken besitzt, in Anspruch nimmt, vernünftiger Weise keine andere Intention gedenken, als das die Specialhypothek zunächst und vorzüglich, das übrige zur Generalhypothek gehörige Vermögen aber nur in subsidium Gegenstand der Befriedigung des Gläubigers seyn solle; wenn diese Art der Verpfändung wodurch doch der Gläubiger keine größere Sicherheit erhält, als welche überhaupt eine Generalhypothek gewährt, nicht als eine ganz zwecklose Handlung erscheinen soll. In der Praxis wird jedoch gewöhnlich dem Schuldner die Einrede, daß sich der Gläubiger zuerst an die Specialhypothek halten solle, nicht gestattet [41]).

Endlich die letztere Stelle *L. 2. D. Qui potior. in pignore* handelt gar nicht von unserm Falle. Es ist darin von der Concurrenz zweyer Pfandgläubiger die Rede, von welchem dem erstern eine General- dem letztern aber eine Specialhypothek gegeben worden ist. Hier wird zuerst gesagt, der erstere, welcher die Generalhypothek erhalten hat, gehe dem letztern Special-Pfandgläubiger vor, und dieser könne den erstern Pfandgläubiger nicht auf das übrige Vermögen des Schuldners verweisen, wenn er auch daraus seine Befriedigung erhalten könne. Es ist

41) BERGER Elect. Disceptat. forens. Tit. 46. Obs. 6. n. 1. HAUBOLD ad *Bergeri* Oeconom. iuris Tom. I. pag. 558. Not. a. und RECHENBERG Diss. cit. §. 18.

ist dieses sowohl der Regel, welche in der oben erklärten *L.* 2. *C. de pignoribus* aufgestellt wurde, als auch andern Gesetzen [42]) gemäß, ob sich gleich keinesweges mit Franz Alef [43]) behaupten läßt, daß deswegen unsere *L.* 2. *D. cit.* durch die *L.* 2. *Cod. de pignorib.* sey abgeändert worden, weil darin von einem ganz andern Falle die Rede ist [44]). Von jener Regel enthält nun der letztere Theil unseres Gesetzes eine Ausnahme, welche darin besteht, wenn ausdrücklich verabredet worden ist, daß die von der Generalhypothek dem zweyten Gläubiger speciell verpfändete Sache dem ersten Pfandgläubiger nur in subsidium d. h. unter der Bedingung haften solle, wenn er aus der Generalhypothek seine völlige Befriedigung nicht erhalten könnte. Dieß ist unstreitig der Sinn der Worte: *Quod si ea conventio prioris fuit, ut ita demum cetera bona pignori haberentur, si pecunia de his, quae generaliter accepit, servari non potuisset*, wenn sie gleich von vielen anders verstanden worden sind. die Worte *cetera bona*, pflegen zwar sonst eine Generalhypothek zu bezeichnen [45]); allein wollte man diese Bedeutung hier zum Grunde legen, so würde freylich, wie Cujaz [46]) bemerkt, der Vertrag, von welchem Papinian hier redet, eine sinnlose und höchst lächerliche Ausnahme machen.

42) *L.* 8. *D. de distract. pignor.* *L.* 6. *Cod. Qui potiores in pignore.*

43) Diss. de viribus hypothecae generalis in occursu alterius specialis posterioris. *Heidelbergae* 1762. C. III. §. 24.

44) S. BACHOV de pignorib. Lib. IV. Cap. 5. nr. 2.

45) *L.* 1. *D. de distract. pignor.*

46) Observat. Lib. XI. Cap. 32.

chen. Dieß berechtiget uns aber noch nicht, deswegen das Wort *generaliter*, mit Cujaz in *specialiter* zu verwandeln, wenn ihm gleich hierin viele [47]) beygestimmt haben. Denn es ist eine sehr willkührliche Voraussetzung, daß hier von dem Falle die Rede sey, wo dem ersten Pfandgläubiger eine Specialhypothek nebst einer bedingten Generalhypothek bestellet worden, woran offenbar Papinian nicht dachte. Der ganze Zusammenhang lehrt vielmehr, daß hier die *cetera bona* keine anderen seyn können, als welche in dem Vertrage von der Generalhypothek waren ausgenommen worden, und dem Gläubiger nur unter der Bedingung haften sollten, wenn die Generalhypothek unzulänglich wäre. Diese Erklärung nimmt auch Anton Faber [48]) an; nur glaubt er, daß doch zu dieser Erklärung die Worte *cetera bona* nicht recht paßten. Er will also dafür *certa bona* lesen. Allein wenn gleich freylich diese Emendation den Fall, von welchem Papinian hier redet, genauer bezeichnet; so ist sie dennoch zu verwerfen; zwar nicht aus dem Grunde, welchen Caspar Schisordegher [49]) anführt, weil daraus folgen würde, daß es eine

47) GIPHANIUS Explanat. difficil. Legum Cod. ad L. 2. Cod. de pign. pag. 317. HUBER Enunom. Rom. ad L. 2. D. Qui potior. in pign. §. 3. pag. 739. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. OTTO Papinianus Cap. X. §. 7. p. 291. (*Bremae* 1743. 8.) Westphal Pfandrecht § 41. Gesterding §. 45. S. 346. Russard hat diese Lesearf blos am Rande angemerkt; Haloander hat sie aber in den Text aufgenommen. Allein man sehe dagegen *Iusti* MEIERI Ἐνθοξῶν Iustinianeor. Decad. VII. Cap. III. §. 9—11. p. 1013. sq.

48) Conjectur. iuris civ. Lib. VI. Cap. 13. pag 154.

49) Ad Ant. *Fabrum* Lib. III. Tract. XII. Qu. 7. pag. 155.

eine Generalhypothek geben könne, welche nicht alle Güter des Schuldners umfaßt; sondern weil gar keine Nothwendigkeit vorhanden ist, von der florentinischen Lesart, welche auch durch die Auctorität der Basiliken[50]) unterstützt wird, abzugehen[51]). Denn auch Faber setzt ganz unrichtig voraus, daß unter *cetera bona* immer eine Generalhypothek verstanden werde. Nein! *cetera bona* heißen, wie Papinian an einem andern Orte[52]) selbst lehrt, die übrigen Güter, welche Jemand noch außer denen hat, deren schon Erwähnung geschehen ist. Es muß also deren nähere Bedeutung immer aus dem Zusammenhange und der Verbindung der Worte beurtheilt werden. Da nun aber nach dem ganzen Zusammenhange der zweyte Theil unsers Gesetzes offenbar eine Einschränkung der in dem ersten Theile aufgestellten Regel enthält; so kann ich der Erklärung eines Jac. Voorda[53]) nicht beystimmen, wenn dieser unter *cetera bona* gerade diejenigen Sachen verstehen will, welche nach *L. 6 — 8. D. h. t.* sonst gewöhnlich unter einer Generalhypothek nicht mit begriffen zu seyn pflegen. Denn daran dachte sicher Papinian

50) *Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 5. Const.* 2. pag. 58. da heißt es: Εἰ μὴ ἄρα συγχωρήσει τότε τὰ λοιπὰ ὑποκεῖσθαι, ὅτε διὰ τῶν γενικῶν οὐ δυνάται πληρωθῆναι. i. e. *nisi id actum sit, ut ita demum caetera bona pignori sint, si de his, quae generaliter obligata sunt, ei satisfieri non possit.*

51) S. WORDENHOFF cit. Diss. §. 9. pag. 715. sq.

52) *L. 42. §. 1. D. de bonis libertor.*

53) Interpretation. et Emendation. iuris Rom. Lib. II. cap. 15. pag. 166.

nian nicht. Sind nun die dem ersten Generalpfandgläubiger blos bedingt verpfändeten Sachen nachher einem andern Gläubiger speciell verpfändet worden, und die Generalhypothek reicht zur Befriedigung des ersten Gläubigers hin; so fällt nun die Bedingung, unter welcher diese dem zweyten Gläubiger speciell verpfändeten Sachen dem ersten Gläubiger haften sollten, weg, mithin ist nun derselbe in Rücksicht seiner Hypothek nicht sowohl ein vorgehender, als vielmehr alleiniger Pfandgläubiger. Dieß lehren die letztern Worte unserer *L.* 2. *Deficiente secunda conventione, secundus creditor in pignore postea dato non tam prior, quam solus invenietur.* Die Worte *secunda conventione* geben hier zu erkennen, daß mit dem ersten Pfandgläubiger, dem zuerst eine unbedingte Generalhypothek war gegeben worden, nachher noch ein zweyter Vertrag geschlossen war, vermöge welchen derselbe sich's gefallen ließ, daß gewisse zur Generalhypothek gehörigen Sachen, welche einem zweyten Gläubiger verpfändet werden sollten, nur bedingt und auf den Fall für seine Forderung haften sollten, wenn dieselbe aus der Generalhypothek nicht ganz bezahlt werden könnte. Von diesem zweyten Vertrage sagt nun das Gesetz *deficit*, wenn die Bedingung desselben nicht eintritt, Hozoman [54]) meint zwar, man müsse lesen: *deficiente secundae conventionis conditione;* allein auch diese Emendation ist unnöthig, da der Ausdruck *deficere* sehr gewöhnlich ist, um dadurch anzuzeigen, daß eine rechtliche Wirkung, z. B. wegen nicht eingetretener Bedingung, weg-

54) Comment. ad L. 2. Cod. de pignorib.

wegfällt[55]). In den Basiliken[56]) heißt es: τηνικαῦτα γὰρ δυναμένου αὐτοῦ πληρωθῆναι διὰ τῶν γενικῶν, μόνος ὁ δεύτερος δανειστὴς ὑποθήκην ἔχει τοῦ δοθέντος αὐτῷ. i. e. *tunc enim, si generalis hypotheca suffiiat, solus secundus creditor in suo pignore hypothecam habet.*

§. 1080.

Pignus *praetorium* und *iudiciale.*

Man pflegt zwar im allgemeinen Sinn jedes Pfandrecht, *pignus praetorium* zu nennen, welches dem Gläubiger unter richterlicher Auctorität bestellt wird[57]); allein im eigentlichen Sinn wird nur dasjenige Pfandrecht ein prätorisches genennt, welches nach dem prätorischen Recht dem Gläubiger noch vor der Litiscontestation oder wenigstens vor der richterlichen Sentenz durch Einweisung in die Güter des Schuldners bestellet wird[58]). Nach Ul-

55) *Deficere* für cessare kommt vor *L.* 31. §. 18. *D. de aedilit. edicto. L.* 1. §. 19. *D. Si quid in fraudem patroni. L.* 27. §. *ult. D. de pact. dotal. L.* 4. *C. ad SCt. Vellejan. L.* 21. *D. de praescr. verbis.* S. BRISSONIUS de Verbor. Signif. h. voc.

56) Cit. loc. Tom. IV. pag. 58.

57) DONELLUS Tr. de pignorib. cap. 6. BALDUINUS de pignor. Cap. 3. und MARANUS Paratitl. Dig. Lib. XX. Tit. 4. pag. 494. sq.

58) *L.* 26. §. 1. *D. de pigner. act. L.* 12. *D. pro emt. L.* 1. *et* 2. *Cod. de praet. pign. L.* 3. *et* 5. *Cod. Ut in possess. legator. Iac.* CUJACIUS Observat. Lib. V. cap. 30. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. LVI. Err. 8. *Lud. Conr.* SCHROEDER Opusc. de natura et effectibus pigno-

Ulpian [59]) kann daſſelbe hauptſächlich aus dreyerley Urſachen ertheilt werden, nämlich 1) *rei servandae causa*, 2) *legatorum servandorum gratia*, und 3) *ventris nomine*. Ulpian führt zwar noch eine missio an, quae fit *damni infecti nomine, si non caveatur*. Allein hier geſchahe nicht, wie bey jenen, die Einweiſung in das ganze Vermögen des Schuldners, ſondern nur in die Sache, von welcher eine Gefahr befürchtet wird, wie Ulpian ſelbſt bemerkt.

1) Die Einweiſung, welche *rei servandae causa* geſchahe, hatte nach dem Röm. Recht ſtatt, wenn der Beklagte ſich der geleiſteten Caution gemäß nicht vor Gericht ſtellte; oder ſich gar nicht ſehen ließ, um ihn belangen zu können, und ihn auch Niemand vor Gericht vertrat [60]); oder wenn die Gläubiger einen Erben für ſuſpect hielten, und dieſer dem Decret des Prätors, welches ihm Satisdation auflegte, keine Folge leiſtete [61]). Hier ſahe man die Immiſſion des Gläubigers zugleich als eine Strafe des Ungehorſams an [62]). Sie wurde aber auch auſſerdem blos zur Sicherheit des Gläubigers in folgenden Fällen verfügt, wenn nämlich der Schuldner ſtarb, und es lange Zeit ungewiß blieb, ob ſich ein Erbe finden

pignoris praetorii atque iudicialis. *Marburgi* 1751. 4. Sect. I. cap. I. §. 2—4. Ge. Happel Rechte der Gläubiger in Anſehung der Fauſtpfänder S. 31. ff. Geſterding Pfandrecht §. 19.

59) *L.* 1. *sqq. D. Quib. ex caus. in possess. eatur.*

60) *L.* 2. *pr. et* §. 2. *L.* 7. §. 1. *D. eodem. L.* 9. *Cod. de bonis auctoritate iud. possidend.*

61) *L.* 31. §. 3. *D. de rebus auct. iud. possid.*

62) *L.* 19. *D. de in ius voc.*

finden werde; oder ihn wirklich Niemand, auch selbst der Fiskus nicht beerben wollte[63]); oder wenn der eine Erbe die Erbschaft schon ausgeschlagen hatte, der andere aber noch deliberirte, ob er die Erbschaft antreten wolle[64]); oder wenn der Schuldner nicht belangt werden konnte, weil er abwesend, z. B. in feindlicher Gefangenschaft, und dabey ohne Vertheidiger war[65]); oder wenn er noch Pupill, oder wahnsinnig war, und keinen Vormund oder Curator hatte, oder dieser ihn nicht vor Gericht vertrat, noch sonst Jemand ihn vertreten wollte[66]); oder wenn die Forderung des Gläubigers noch von einer Bedingung abhieng, deren Erfüllung abzuwarten, dem Gläubiger hätte nachtheilig werden können[67]). Ueberall war jedoch eine

63) *L.* 8. *D. Quib. ex causis in possess. eatur. L.* 5. *et* 6. *Cod. de bonis auct. iud. possidend. L.* 1. *Cod. Ne pro dote mulieris bona mariti addic.*

64) *L.* 9. *D. Quibus ex causis in possess.*

65) *L.* 6. §. 2. *L.* 13. *D. Eodem.*

66) *L.* 5. *D. Eodem.*

67) *L.* 6. *pr. D. eodem.* Zwar sagt *L.* 14. §. 2. *D. eodem:* Creditor autem conditionalis in possessionem non mittitur, quia is mittitur, qui potest bona ex Edicto vendere. Allein dieß geht auf die missio ex secundo decreto, welche zum Verkauf der Güter, in welche die Immissio ex primo decreto geschehen war, berechtigte. Denn dieser ist vor dem Eintritt der Bedingung nicht erlaubt. *L.* 7. §. 14. *D. eod.* S. CUJACIUS Observat. Lib. X. cap. 32. *Lud.* VITALIS Lection. Variar. Lib. II. cap. 14. nr. 1. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* T. II. pag. 676.) HUBER Praelect. iur. civ. ad Pand. Lib. XLII. Tit. 4. §. 2. und *Jos.* FINESTRES Hermogenian. pag. 310.

ne solche missio in possessionem nur dann nöthig, wenn der Schuldner nicht selbst sein Vermögen seinen Gläubigern angeboten, oder die Wohlthat der Güterabtretung (cessio bonorum) ergriffen hatte. Denn hier bedurfte es eben so wenig einer richterlichen Einsetzung in den Besitz, als bey den Römern keine gerichtliche Immission nöthig war, wenn Jemand, ausser dem Falle des Schuldenwesens, sein sämmtliches Vermögen auf einen Andern unter den Lebenden übertragen wollte[68]). Es erhielten auch nur die chirographarischen Gläubiger die gerichtliche Immission[69]). Denn die hypothekarischen Gläubiger waren schon durch ihr Pfandrecht hinlänglich gesichert. Erstere hingegen mußten zur Sicherung ihrer Forderungen, falls sie anders die Existenz derselben, wie ihnen zu thun oblag, darthun konnten[70]), den Weg einschlagen, welchen ihnen die missio in bona debitoris *rei servandae causa* in den oben angegebenen Fällen eröfnete. Daher kommen in den römischen Gesetzen über diese missio immer nur solche Gläubiger in Betrachtung, welche mit keiner Hypothek versehen waren[71]). Diese erhielten

68) S. Dabelow ausführl. Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger. S. 262.

69) Dabelow a. a. O. S. 273. und von Gönner Handbuch des gemeinen Prozeßes 4. Band Nr. LXXXII. §. 2.

70) *L.* 9. *Cod. VII.* 72. *de bonis auct. iud. possid.*

71) *L.* 10. *Cod. eodem.* Cum apud veteres quaestionem ortam invenimus super pecuniis debitis, *pro quibus hypothecae non sunt constitutae*, propter res ad debitorem pertinentes, dum is severiores creditores formidans, *se celaverit*, et illi de rebus ad eum pertinentibus competentia

hielten durch die Immission zwar keinen juristischen Besitz [72]), ob ihnen gleich das Interdictum ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est, zu statten kam [73]), aber sie erhielten ein prätorisches Pfandrecht [74]) und vor der Hand die Aufsicht über das Vermögen [75]). Die Immission geschahe nun zwar, sofern ein Gläubiger nicht etwa blos an einzelne Sachen Ansprüche machte, in das ganze Vermögen [76]), selbst mit Inbegriff der ausstehenden Forderungen des Schuldners [77]); doch immer nur in dasjenige Vermögen, was hypothekarische oder privilegirte Gläubiger übrig ließen. Denn solange diese nicht befriediget waren, konnten jene gar nicht an das Vermögen kommen [78]). Der Gebrauch dieser Mission schreibt sich wahr-

tentia ingrediantur iudicia, *postulentque in possessionem rerum sese transmitti;* etc.

72) *L.* 12. *D. Quibus ex causis in possess. eat. L.* 9. *D. de rei vindicat.* von Savigny Recht des Besitzes §. 23. S. 267. der 2. Aufl.

73) *L.* 1. §. 2. *D. Ne vis fiat ei, qui in possess. missus est.*

74) *L.* 26. *pr. D. de pigner act. L.* 3. §. 1. *D. de rebus eor. quae sub tutela vel cura sunt.*

75) *L.* 12. *D. Quib. ex causis in possess. L.* 10. §. 1. *D. de acquir. vel amitt. possess.*

76) *L.* 1. *D. Quib. ex caus. L.* 7. §. 17. *et* 18. *D. eod.* S. SCHIFORDEGHER ad *Ant. Fabrum* Lib. I. Tr. VII. Qu. 1. Auch CICERO in *Orat. pro Quinctio.* Cap. 89. sagt: *Quod possessio bonorum spectetur non in aliqua parte, sed in universis, quae teneri ac possideri possunt.*

77) *L.* 1. *Cod. de praetorio pignore.* S. Westphals Pfandrecht §. 43. Not. 66.

78) Dabelow a. a. O.

wahrscheinlich von der Zeit her, da durch die Lex Petillia Papiria de obaeratis debitoribus vom Jahr der Erb. Roms 427. an die Stelle der ehemaligen Addiction, welche den Schuldner zum Sklaven seines Gläubigers machte, die proscriptio bonorum trat, vermöge welcher die Gläubiger auf ihr Ansuchen vom Prätor in den Besitz des schuldnerischen Vermögens gesetzt, und ermächtiget wurden, dasselbe zu verkaufen [79]). Ehe jedoch zum Verkauf geschritten werden konnte, wurde noch eine zweyte richterliche Verfügung erfordert, welche missio ex secundo decreto genennet wird; diese kam aber nur in dem Falle vor, wenn sich der Schuldner absichtlich den Ansprüchen des Gläubigers entzog [80]), und die ihm zu seiner Vertheidigung gesetzten Fristen, welche nach einer Verordnung des Kaisers Justinian [81]) wenigstens den Zeitraum eines Jahres ausfüllen

79) Dabelow S. 83—92.

80) *L.* 7. §. 1. *D. Quib. ex caus. in possess. eatur.* Praetor ait: *Qui fraudationis causa latitavit, si boni viri arbitratu non defendetur, eius bona possideri venditique iubebo.* Add. *L.* 9. *Cod. de bonis auctoritate iud. possid.* S. SCHROEDER Opusc. cit. de natura et effectib. pignoris praetorii. Sect. I. Cap. I. §. 28. sqq. Happel Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder 2. Abschn. S. 63. ff. und Schweppe System des Concurses der Gläubiger. §. 2.

81) *L.* 8. §. 3. *Cod. de praescript.* 30. *vel* 40. *annor.* Vor Justinian wurden dem Schuldner, nachdem er nochmals öffentlich war vorgeladen worden, zu seiner Vertheidigung drey Fristen, jede von 10. Tagen, gesetzt, nach deren fruchtlosen Ablaufe zum Verkauf geschritten werden konnte. CICERO *Orat. pro*

füllen mußten, fruchtlos abgelaufen waren; auch sonst Niemand seine Vertheidigung übernahm [82]). War hingegen der Schuldner abwesend, ohne sich vor seinen Gläubigern verbergen zu wollen, z. B. er war in feindliche Gefangenschaft gerathen, oder in Angelegenheiten des Staats abwesend [83]); war ferner der Schuldner noch unmündig oder wahnsinnig, oder ein erklärter Verschwender, der unter der Curatel stand [84]); so durfte, den Fall der rechtlichen oder factischen Nothwendigkeit abgerechnet [85]), mit dem Verkauf nicht geeilt, sondern es mußte bis zur Aufhebung des Hindernisses damit gewartet, und einstweilen ein Curator zur Verwaltung der Güter bestellt werden [86]). Kam es endlich zum Verkaufe, so machten sich

pro Quinctio Cap. 30. *L. 9. Cod. Quomodo et quando iudex sententiam proferre debeat praesentib. partib. vel una parte absente.* VII. 43. *L. 69. et L. 73. pr. D. de iudic.* SCHROEDER Opusc. cit. §. 41. sqq.

82) *L.* 22. *D. Ex quib. caus. majores.* War die missio ex secundo decreto einmal erfolgt, so blieb dem Schuldner nichts anders übrig, als der Weg der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wenn er beweisen konnte, daß er sich nicht vor den Gläubigern verborgen gehalten habe. *L.* 21. §. 1. *D. Ex quib. caus. majores.* S. SCHROEDER cit. Opusc. §. 48.

83) *L.* 6. §. 1. *et* 2. *D. Quib. ex caus. in possess. eatur.*

84) *L.* 3. *L.* 5. *L.* 7. §. 9. 10. *et* 12. *D. eodem.*

85) *L.* 7. §. 11. *D. eodem.*

86) *L.* 21. §. 2. *D. Ex quib. caus. majores. L.* 6. §. 1. *et* 2. *D. Quib. ex caus. in possess. L. ult. D. de rebus auct. iudicis possid.* S. CUJACIUS Observat. Lib. X. cap. 31. SCHROEDER Opusc. cit. §. 54. sqq. und Happel Rechte der Gläubiger. S. 65. ff.

sich die Gläubiger aus den erlößten Kaufgeldern nach dem Verhältniß ihrer Forderungen bezahlt [87]), ohne daß ein Unterschied zwischen denen, welche früher, und denen, welche später die Immission erhalten hatten, Statt fand [88]). Denn die erlangte Immission gab dem Immittirten kein ausschließliches Recht, sondern sie kam auch den übrigen Gläubigern zu Statten [89]), wenn sie sich nur noch zur rechten Zeit, nämlich die in derselben Provinz wohnten, binnen zwey, die übrigen binnen vier Jahren meldeten, und denen ihren Antheil an den Kosten ersetzten, welche die Mission erhalten hatten [90]). Ein Eigenthum hingegen erwarben die Gläubiger an den Gütern, in welche sie immittirt worden waren, auch durch das zweyte Decret nicht [91]). Nur in dem Falle, da der Gläubiger wegen einer Realklage die Immission in die Sache erhalten hatte, welche den Gegen-

87) *L. ult. D. de curat. bonis dando. Nov. LIII. cap.* 4. S. CUJACIUS in Exposit. ad h. Nov. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XXIII. c. 12. SCHIFORDEGHER ad Ant. *Fabrum* Lib. I. Tract. VII. Qu. 1. p. 52. SCHROEDER Opusc. cit Sect. I. c. 3. §. 108.

88) *L.* 5. §. 2. *et* 3. *D. Ut in possessionem legator. L.* 12. *pr. D. de reb. auct. iud. possid.* VOET Comm. ad Pand. Lib. XLII. Tit. 4. §. 5. SCHROEDER Opusc. citat. Sect. I. Cap. 3. §. 102—105. §. 122—125.

89) *L.* 12. *pr. D. cit.*

90) *L.* 10. *Cod. de bonis auct. iud. possid.*

91) *L.* 8. *Cod. eodem.* In possessionem rei servandae uxor defuncti, vel alii creditores missi, *dominium ex ea causa tenentes adipisci minime possunt.* S. SCHIFORDEGHER c. l. Qu. 5. pag. 56. GIPHANIUS Explanat. difficilior. LL. Cod. Prolegom. in Libr. VIII. pag. 262. sqq.

genstand seines Anspruchs ausmachte, ging durch die missio ex secundo decreto ein wahrer Civilbesitz auf den Gläubiger über [92]), der ihn auch zugleich zu dem Genuß der Früchte berechtigte [93]).

II. *Legatorum servandorum gratia* wurde der Legatar immittirt, wenn das Vermächtniß wegen einer Bedingung, oder Zeitbestimmung, oder eines sonstigen Hindernisses nicht sogleich nach dem Antritt der Erbschaft gefordert werden konnte, und der Erbe die ihm deshalb obliegende Caution nicht leisten wollte [94]). Diese missio geschahe nach dem Edict blos in die zur Erbschaft gehörigen Güter [95]), und gab weder Eigenthum noch juristischen Besitz [96]), sondern nur, wie jede andere Immission, Aufsicht über das Vermögen, und ein prätorisches Pfandrecht [97]). Jedoch wurde der Erbe nicht ermittirt, sondern

92) *L.* 8. *Cod. Quomodo et quando iudex.* A quo (sc. Praeside provinciae) iter citatus, si contumaciter praesentiam sui facere neglexerit: non abs re erit, vel ad cogendum eum, ut sese repraesentet, vel *possessionem bonorum, cui incumbit, ad te transferre; et adversarium petitorem constituere*; vel auditis defensionibus tuis id, quod iuris ratio exegerit, iudicare. Adde *L.* 8. § 3. *Cod. de praescr.* 30. *vel* 40. *annor* SCHROEDER Opusc. cit. Sect. I. Cap. I. §. 73. sqq.

93) *L.* 7. §. 19. *D. Quibus ex caus. in possess.*

94) *L.* 1. §. 1. *D. Ut in possession. legatorum.*

95) *L.* 5. §. 5. *D. eodem.*

96) *L.* 5. *pr. D. eodem.*

97) *L.* 3. §. 1. *D. de reb. eorum, qui sub tut. vel cura sunt. L.* 5. *Cod. Ut in possess. legator.* Qui legati

sive

er sollte nur durch den lästigen Mitbesitz, welchen der Legatar erhielt, zu der schuldigen Cautionsleistung genöthiget werden [98]). Sie unterschied sich aber von jener Mission, welche rei servandae causa geschahe, vorzüglich darin, daß sie bloß dem immittirten Legatar ein Recht gab, welches keinem andern Legatar zu statten kam, der nicht selbst die Immission erhalten hatte [99]). Ein Vorzug der Zeit kam indessen auch hier nicht in Betrachtung, wenn mehrere Legatare die Immission erhalten hatten [100]). Man unterscheide davon eine andere Art der Immission, welche aber für keine eigentliche missio ex secundo decreto gehalten werden kann, denn eine solche gab es hier nach dem Edict des Prätors nicht [1]); sondern welche nach einer

sive fideicommissi causa in possessionem mittuntur, non proprietatem nanciscuntur, sed ius pignoris.

98) *L. 5. pr. D. Ut in possess. legator.* Is, cui legatorum fideive commissorum nomine non cavetur, missus in possessionem, nunquam pro domino esse incipit; nec tam possessio rerum ei, quam custodia datur, neque enim expellendi heredem ius habet, sed simul cum eo possidere iubetur, *ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat heredi cautionem.*

99) *L. 5. §. 2. D. eodem.* Si plures legatarii mitti in possessionem desideraverint, omnes venire debent in possessionem. *Is enim, qui ex causa legatorum possidet, sibi, non alii, possidet.*

100) *L. 5. §. 3. D. eodem.*

1) S. SCHROEDER Opusc. de natura et effect. pignoris praetorii. Sect. I. Cap. I. §. 24. Der Legatar hat daher auch kein ius distrahendi; nur solche Sachen, welche dem Verderb ausgesetzt sind, darf er verkaufen, das daraus gelöfete Geld

ner Constitution des Kaisers Antoninus dem Legatar in die eigenen Güter des beschwerten Erben ertheilt wurde, wenn nämlich nach Ablauf von 6. Monaten, seitdem der Legatar das Vermächtniß gefordert hatte, der Erbe noch immer mit der Auszahlung desselben zögerte [2]). Man pflegt diese Immission missio *Antoniniana* zu nennen [3]), und sie unterscheidet sich von jener, welche legatorum servandorum causa verfügt wurde, darin, daß sie ein schon betagtes Vermächtniß voraussetzte [4]); auch dem Legatar zum Genuß der Früchte aus den Gütern des Erben berechtigte, bis er, dem Willen des Erblassers zu Folge, daraus seine Befriedigung erhalten hatte [5]). Diese Immission

Geld aber muß er einstweilen als ein Depositum verwahren. *L.* 27. *D. de reb. auct. iud. possid.* *L.* 5. §. 22. *D. Ut in possess. legator.*

2) *L.* 5. §. 16. *D. eodem.* Imperator ANTONINUS Augustus rescripsit: *Certis ex causis etiam in propria bona heredis legatarios et fideicommissarios esse mittendos, si post sex menses, quam aditi pro Tribunali fuerunt hi, quorum de ea re notio est, in satisfactione cessatum est; inde fructus percepturos, quoad voluntati defunctorum satisfiat. Quod remedium servaretur et adversus eos, qui ex qua causa fideicommisso moram faciunt.*

3) S. TEXTOR Diss. de immissione Antoniniana.

4) *L.* 5. §. 17. *D. eodem.* Satisfactionis verbum licet latius patet, tamen *ad exsolvendum legatum* refertur.

5) Die Früchte rechnet der Legatar, wie ein Pfandgläubiger, zuerst auf die Zinsen, dann auf das Kapital ab. *L.* 5. §. 16. *et* 21. *D. eodem.* Quaeri poterit, an in vicem usurarum hi fructus cedant, quae in fideicommissis debentur? *Et cum exemplum pignorum sequimur, id quod ex fructi-*

bus

miſſion konnte der Legatar erhalten, wenn auch die Caution dem Erben erlaſſen war[6]); ein Beweis, daß ſie keine missio ex secundo decreto geweſen; ob ſie gleich freylich auch dann noch Statt finden konnte, wenn der Legatar vorher, wegen eines bedingten Vermächtniſſes, der Caution wegen, war immittirt worden; nämlich wenn nachher die Bedingung des Legats in Erfüllung trat, und der Erbe mit der Auszahlung des Vermächtniſſes zögerte. Dieſe Immiſſion hatte ſowohl bey Vermächtniſſen, als Fideicommiſſen ſtatt.

III. Die missio in possessionem *ventris nomine* wurde urſprünglich zu Gunſten präterirter Postumorum[7]) eingeführt, und vertrat die Stelle einer bonorum possessio contra tabulas[8]). Sie iſt aber nachher auf alle diejenigen Kinder ausgedehnt worden, welche, wenn ſie ſchon gebohren wären, den verſtorbenen Erblaſſer beerben, oder

bus percipitur, primum in usuras, mox si quid superfluum est, in sortem debet imputari.

6) *L.* 5. §. 18. *D. eodem.*

7) *L.* 1. §. 2. *D. de ventre in possess. mitt.* Totiens autem mittitur in possessionem venter, *si non est exheredatus, et id, quod in utero erit, inter suos heredes futurum erit.* S. SCHRÖDER Opusc. de natura et effect. pignoris praetorii Sect. I. Cap. I. §. 15. et §. 25.

8) *L.* 1. *pr. D. de ventre in possessionem mitt.* Sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt, curam Praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sunt, propter spem nascendi non neglexit. *Nam et hac parte Edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionis.* Vid. *et* §. 1. *et* 2. *l. de exheredat.*

oder eine wahre bonorum possessio nach dem Edict des Prätors erlangen könnten[9]). Da nun, so lang das Kind noch ungebohren ist, nach dem Edict des Prätors noch keine wahre bonorum possessio statt findet[10]); so erhält einstweilen der Venter, d. h. die schwangere Wittwe, den Besitz der Erbschaft zur Sicherung der Ansprüche des noch ungebohrnen Kindes, bis man sieht, was es mit ihrer Schwangerschaft für einen Ausgang gewinnt[11]); und genießt auch bis dahin die Alimente aus derselben[12]). Zu dem Ende wird ein Curator gesetzt, sowohl für den Venter, als für die Güter[13]), welchem zugleich die Sorge obliegt, der Wittwe den standesmässigen Unterhalt aus dem Nachlaß zu reichen[14]). Es ist auch der Fall mög-

9) *L. 7. pr. D. Eodem.* Ubicunque ab intestato admittitur quis, illic et venter admittitur; *scilicet si talis fuerit is, qui in utero est, ut si in rebus humanis esset, bonorum possessionem petere posset*: ut in omnibus partibus Edicti pro superstite habeatur is, qui in utero est. — *L. ult. D. eodem.* Postumus natus quocunque tempore, qui tamen testatoris morte conceptus iam erit, potest agnoscere bonorum possessionem. *Nam et ventrem Praetor ex omnibus Edicti partibus mittit in possessionem bonorum: non missurus scilicet, si ei nato daturus non esset bonorum possessionem.*

10) *L. 1. §. 11. D. eodem. L. 2. §. 11. D. ad SCtum Tertull.* Koch Bonorum possessio. §. 21.

11) *L. 1. §. 27. D. eodem.* Tam diu autem venter in possessione esse debet, quam diu aut pariat, aut abortum faciat, aut certum sit, eam non esse praegnantem.

12) *L. 1. §. 17. D. eodem.*

13) *L. 1. §. 17. 18. 21.—23. D. eodem.*

14) *L. 1. §. 19. D. eodem.*

möglich, daß zwey von demselben Erblasser schwangere Wittwen in den Besitz seines Nachlasses immittirt werden können [15]). Wird jedoch der angegebene Zustand der Wittwe streitig gemacht, ob sie nämlich mit dem Erblasser verheyrathet gewesen, oder auch seine Schwiegertochter sey; denn auch diese kann die Einweisung in den Nachlaß des Großvaters ihres noch zu gebährenden Kindes erhalten [16]); oder ob das Kind auch wirklich von ihrem verstorbenen Manne sey, oder ob sie sich überhaupt schwanger befinde; so muß eine summarische Untersuchung vorausgehen, und nach dem Beyspiel des Carbonianischen Edicts ein Decret interponirt werden [17]). Bleibt auch dann die Sache noch zweifelhaft, so muß eine bonorum possessio et Edicto Carboniano ertheilt werden [18]). Endlich

IV. *damni infecti nomine* gab der Prätor demjenigen die Immission, der von dem baufälligen Gebäude eines Andern, oder sonst einem benachbarten Grundstücke, oder einer damit zusammenhängenden schadhaften Sache Ge-

15) *L.* 1. §. 16 *D. eodem.* Si quis prima uxore praegnante facta, mox aliam duxerit, eamque praegnantem fecerit, diemque suum obierit; Edictum ambobus sufficiet: videlicet cum nemo contendit, nec calumniatricem dicit.

16) *L.* 1. §. 14. *D. eodem.* Si ea, quae in possessionem vult ire, uxor negetur, vel nurus, vel esse vel fuisse; vel ex eo praegnans non esse contendatur: decretum interponit Praetor ad exemplum Carboniani Edicti. Et ita D. HADRIANUS *Claudio Proculo* Praetori rescripsit, ut summatim de re cognosceret.

18) *L.* 10. *D. de Carbon. Edicto.* Cum mulier deferente herede iuraverit, se praegnantem esse, bonorum possessio ex Edicto Carboniano dari debet.

Gefahr zu besorgen hatte, und deswegen durch die verlangte cautio damni infecti keine Sicherstellung erhielt [19]). Die Immission geschahe aber hier blos in den Theil des Grundstücks, woraus der Schaden zu besorgen war [20]); nur bey Häusern war es anders. Hier geschahe die Immission nach der Meinung des Sabinus in das ganze Haus, wenn auch nur ein Theil desselben baufällig war [21]). Der Immittirte erhielt jedoch zuerst nur den Mitbesitz [22]) nebst den allgemeinen Rechten der Immission, wohin

19) *L.* 7. *pr. D. de damno infecto. L.* 15. §. 3. *L.* 19. §. 1. *L.* 24. §. 2. *et* 9. *D. eodem.*

20) *L.* 1. *D. Quib. ex caus. in poss. eatur. L.* 38. §. 1. *D. eodem.* Si agri nomine non caveatur, in eam partem agri mittendum est, *ex qua periculum timeatur*; eiusque rei ratio haec est, quod in aedificiis partes quoque reliquae a vitiosa parte traherentur, at in agris non idem est: sed dicendum est, ut in domibus quoque maioribus interdum causa cognita Praetor statuere debeat, in cuius partis possessionem is, cui non caveatur, mitti debeat.

21) *L.* 15. §. 12. *D. eodem.* An vero in totas aedes missio locum habeat, videamus? Et extat *Sabini* sententia, in totas aedes mittendum: alioquin si ex superficie, inquit, damnum timeatur, non habebit res exitum: nec profuturum, in possessionem eius rei mitti, quam quis possidere non possit, aut ei non expediat. Et verior est *Sabini* sententia. S. WESTPHAL. de libertate et servitutib. praedior. §. 282.

22) *L.* 15. §. 20. *D. eodem.* Si quis autem in possessionem missus, nondum possidere iussus: an dominus decedere possessione debeat, videamus? Et ait LABEO, non decedere: sicuti nec cum creditores vel legatarii mittuntur: idque est verius. WESTPHAL c. l. §. 284.

hin denn auch das prätorische Pfandrecht gehört[23]); blieb aber diese Immission fruchtlos, ohne die drohende Gefahr abzuwenden, oder die schuldige Caution zu leisten; so konnte nun nach Ablauf einiger Zeit, deren nähere Bestimmung dem richterlichen Ermessen überlassen blieb[24]), der Immittirte ex secundo decreto, mit Vertreibung des vorigen Besitzers[25]), den alleinigen Besitz, ja sogar ein Eigenthum erwerben[26]).

Heut zu Tage fällt dieß alles weg. Die Immission kommt, wie überhaupt, so auch in Schuldensachen, in Teutschland nicht mehr vor[27]); am wenigsten aber in so fern sie nach dem Römischen Rechte als ein Mittel, den Ungehorsam zu bestrafen, gebraucht wurde. Denn in dieser Hinsicht ist sie selbst in den teutschen Reichsgesetzen aufgehoben, wie auch bereits bey einer andern Gelegenheit in

23) *L.* 3. §. 1. *D. de rebus eorum, qui sub tut. vel cura sunt.*

24) *L.* 15. §. 21. *D. de damno infecto.*

25) *L.* 15. §. 23. *D. eodem.* Ubi autem quis possidere iussus est, dominus deiiciendus erit possessione.

26) Zwar eigentlich nur ein prätorisches Eigenthum, weshalb der Immittirte, wenn ihn ein Dritter aus dem Besitz vertrieb, sich der actio publiciana bedienen konnte. *L.* 18. §. 15. *D. eodem.* Ein dominium civile mußte er erst durch Usucapion erwerben. *L.* 5. *pr. L.* 15. §. 16. *et* 17. *D. eodem. L.* 1. *pr. D. de fundo dot.* S. *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. VII. c. 4. et Lib. XX. cap. 11. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad Ant. *Fabrum.* Lib. I. Tract. VII. Qu. 4. SCHROEDER Opusc. de nat. et effect. pignoris praet. Sect. I. Cap. I. §. 14. et §. 23. und WESTPHAL c. l. §. 290—292.

27) Schweppe System des Concurses der Gläubiger §. 7.

in diesem Commentar [28]) bemerkt worden ist. Ohnehin macht die den Legataren und Fideicommissaren gegebene gesetzliche Hypothek die cautio legatorum servandorum, und mithin auch die im Weigerungsfall vom Prätor verfügte Immission des Legatars überflüssig. Denn wozu braucht er nun noch ein prätorisches Pfandrecht [29])? Eben so ist auch die missio damni infecti causa nicht mehr im Gebrauch. Denn die Caution wird jetzt zur Strafe des Ungehorsams für geleistet angenommen, und dieses Präjudiz gleich in dem Decret, worin die Cautionsleistung auferlegt wird, auf den Unterbleibungsfall angedrohet [30]). Nur die missio in possessionem ventris nomine ist es allein, welche noch jetzt im Gebrauche ist [31]).

Unterschieden von dem prätorischen Pfandrecht, von welchem bisher gehandelt worden, ist das *pignus iudiciale* [32]). Es wird darunter dasjenige Pfandrecht verstanden, welches vom Richter, nach der Litiscontestation,

28) 3. Th 2. Abth. §. 257. S. 511. Man sehe indessen WERNHER Sel. Observat. for. T. I. P. II. Obs. 439.

29) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XXXVI. Tit. 4. §. 5. und Schweppe Röm. Privatrecht. 3. B. §. 834.

30) S. Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen u. Einreden §. 1235 Not. q.

31) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XXXVII. Tit. 9. §. 7.

32) *Christ. Wilh.* KÜSTNERI Pignus in causa iudicati captum. *Lipsiae* 1744. SCHROEDER Opusc. de natura et effectibus pignoris praetorii atque iudicialis. Sect. I. Cap. II. pag. 78. sqq. *Frid. Es. a* PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 61.

tion, und erfolgten Verurtheilung des Schuldners, zur Vollstreckung des rechtskräftigen Erkenntnisses, in den Gütern desselben, durch Wegnahme von so viel Sachen, als zur Befriedigung des Gläubigers nöthig sind, in dem Falle bestellet wird, wenn der Schuldner binnen der ihm dazu gesetzten Frist den Gläubiger nicht befriediget [33]). Der Name *pignus iudiciale* ist nicht römisch, sondern doctrinel. Die Gesetze nennen es *pignus in causa iudicati captum* [34]). Uebrigens kam hierbey der ehemalige Unterschied zwischen magistratus, und iudex pedaneus in keinen Betracht; denn so wie nur ein Magistrat, z. B. der Prätor, oder Präses der Provinz, ein pignus praetorium bestellen konnte [35]); so hatte auch nur der Magistrat, der den Iudex bestellt hatte, die Macht, das von diesem gesprochene Urtheil zu vollstrecken [36]) und durch Auspfändung ein pignus iudiciale zu bestellen [37]). Nicht einmal den Obrigkeiten in den Municipien stand das Recht der Auspfändung ohne Auctorität des Präses der Provinz zu [38]); geschweige den iudicibus

33) Vid. *Tit. Cod. Si in causa iudicati pignus captum sit. VIII.* 23. *L.* 10. *D. Qui potior. in pignore. L.* 2. *Cod. VII.* 53. *de execut. rei iudic.*

34) Vid. *Tit. Cod. cit.*

35) KÜSTNER Diss. de ritu pignor. capiendor. in republica Rom. §. 2.

36) *L.* 15. *pr. D. de re iudic.*

37) *L.* 3. §. 1. *D. de reb. eor. qui sub tut.*

38) *L.* 11. *Cod. de pignor. et hypoth.* Nominatori pignori capere; sine Praesidis auctoritate, res nominati non licet. *Nominatores* heißen die obrigkeitlichen Personen in den Mu-

cibus pedaneis, welche gar keine Jurisdiction hatten, sondern bloß von den Befehlen des Magistrats abhingen, von dem sie waren den Partheyen gegeben worden [39]). Die Bestellung eines pignoris iudicialis setzte also bey dem, welcher solches verfügte, schlechterdings ein ius iubendi voraus [40]), und es wäre daher höchst irrig, wenn man von dem iudex pedaneus den Namen pignus iudiciale ableiten wollte [41]), wie man schon daraus sieht, weil ein solches Pfandrecht durch Vollstreckung eines rechtskräftigen Erkenntnisses vom Prätor bestellt werden konnte, wenn er auch, ohne einen Juder, extra ordinem selbst gesprochen hatte [42]). Das *pignus iudiciale* setzt nun also

1) ein richterliches Erkenntniß voraus, welches in die Rechtskraft übergegangen ist. Hierdurch unterscheidet sich vorzüglich dieses Pfandrecht von dem pignus praetorium, welcher noch vor der litisconteſtation bestellt wurde. Wie nothwendig aber ein rechtskräftiges Urtheil zur Gültigkeit eines pignoris iudicialis erfordert wird, lehrt **Ulpian** *L.* 58. *D. de re iudicata.* Si, *cum nulla sen-*

nicipalstädten. S. KÜSTNER Diss. de ritu pignor. capiend. §. 2. und Westphal Pfandrecht §. 50. Not. 69. b.

39) Wenn *L.* 74. §. 1. *D. de evict.* von einem pignus *iussu iudicis* captum, und *L.* 15. §. 6. 7. *et* 8. *D. de re iudic.* von einem iudice sententiam exsequente reden; so ist unter iudex hier ein Magistratus zu verstehen. S. KÜSTNER Diss. cit. pignus in causa iud. captum. §. 2. et 3.

40) *L.* 1. *Cod. Si in causa iud. pign. capt.*

41) Wie z. B. BEYER Posit. ad Pand. h. t. not. c.

42) *L.* 50. *D. de evict.* KÜSTNER Diss. de ritu pign. capiendor. §. 8.

sententia praecessisset, capta sunt et distracta pignora, possunt revocari. Und mit Recht reſcribirten die Kaiſer **Severus** und **Antoninus** *L.* 1. *C. de executione rei iudic.* Nimis propere Iudex pignora *Marcellae* capi ac distrahi iussit *ante rem iudicatam.* Prius est ergo, ut servato ordine, actionem adversus eam dirigas, et causa cognita sententiam accipias. Daß auch vor der Sentenz die Sache des Klägers gehörig müße verhandelt worden ſeyn, verſteht ſich. Denn nur dann, ſagt **Ulpian** *L.* 10. *D. Qui potiores in pignore*, werde der Gläubiger wegen dieſes Pfandrechts den Vorzug der Zeit genießen, si et *iure iudicatum*, et pignus *in causa iudicati* ex auctoritate eius, *qui iubere potuit*, captum est. Es kann auch überhaupt nach *L.* 4. §. 6. *D. de re iudic.* nur derjenige als *Condemnatus* angeſehen werden, *qui rite condemnatus est*, ut sententia valeat. Wenn alſo auch der Beklagte nach der Litisconteſtation ungehorſam ausblieb, ſo konnte dennoch derſelbe nicht ausgepfändet, oder der Kläger in die Güter deſſelben eingeſetzt werden, ſondern die Sache mußte vor allen Dingen in der Art, wie man gegen Abweſende rechtlich zu verfahren pflegt, mit aller Genauigkeit erörtert, und zum endlichen rechtskräftigen Erkenntniß gebracht werden, ehe man zur Execution und Auspfändung ſchreiten konnte[43]). Hatte jedoch der Beklagte ſchon bey dem Prätor das Recht des Klägers anerkannt, ſo war nun keine weitere Verhandlung nöthig; denn der Be-

43) *L.* 13. §. 3. *C. de iudiciis.* *Nic.* SUDORIUS Disputt. civil. libro pag. 1528. seq. Tom. II. *Thes. Otton.* SCHROEER Opusc. cit. §. 98. und Weſtphal's Pfandrecht §. 98.

Beklagte hatte sich selbst das Urtheil gesprochen [44]). Es wurde daher nun die Sache so angesehen, als wäre dieselbe rechtskräftig entschieden worden [45]), und der Kläger begehrte nur die Vollstreckung durch die actio iudicati [46]).

2) Die gesetzliche Frist, binnen welcher dem richterlichen Judicate hätte Folge geleistet werden sollen, muß verstrichen seyn. Diese besteht nach den neuern Verordnungen des Kaisers Justinian [47]), in einem Zeitraum von vier Monaten [48]); und kommt auch denjenigen zu statten, welche als confessi den iudicatis gleichgesetzt sind [49]). Es wird dann noch

3) ein richterliches Dekret erfordert, welches die Execution und die Art der Vollziehung festsetzt [50]). Nach der römi-

44) *L.* 1. *D. de Confessis.* Confessus pro iudicato est, *qui quodammodo sua sententia damnatur.*

45) *L.* 6. §. 2. *D. eodem.* Sed et si fundum vindicem meum esse, tuque *confessus* sis: *perinde habearis, atque si dominii mei fundum esse pronunciatum esset.* S. KÜSTNER Pignus in c. iudic. captum. §. 6. und von Gönner Handbuch des gemeinen Prozesses 2. B. Nr. XLIII. §. 11. S. 380.

46) *L.* 6. §. *ult. D. de re iud. L.* 6. §. *ult. D. de Confessis.*

47) *L.* 2. *et* 3. *Cod. de Usuris rei iudic.*

48) Nach dem ältern Recht war eine kürzere Frist bestimmt. S. CUJACIUS Observat. Lib. III. cap. 39. und KÜSTNER cit. Diss. §. 7.

49) *L.* 6. §. *ult. D. de Conf.* Confessi utique post confessionem tempora *quasi ex causa iudicati* habebunt.

50) *L.* 1. *Cod. Si in causa iudic. pignus. L.* 15. §. 2. *D. de re iudic. L.* 68. *D. de rei vindicat. L. ult. Cod. de execut. rei iudic.* KÜSTNER cit. Diss. §. 9.

römischen Gerichtsordnung mußte dasselbe durch die actio iudicati veranlaßt werden [51]). Jetzt bedarf es zwar deshalb keiner besondern Klage mehr [52]), es muß aber doch, da der Richter nicht von Amtswegen die Hülfsvollstreckung verfügt, von Seiten des obsiegenden Theils darauf angetragen, und auch dem verurtheilten Schuldner die Execution vorher angedrohet werden, ehe sie von den Gerichten realisirt werden kann [53]). Es muß endlich,

4) dem richterlichen Decret gemäß, die Vollziehung des rechtskräftigen Urtheils auch wirklich vor sich gegangen seyn [54]). Das bloße Decret des Richters giebt an sich noch kein Pfandrecht [55]). In Absicht auf die Art, wie dasselbe durch die Hülfsvollstreckung bestellt wurde, war ein Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen. In die ersteren muß immer zuerst die Execution vollzogen werden [56]). Hier läßt der Richter dem Schuldner durch die Gerichtsdiener (*apparitores*, *viatores*, *executores litium*

51) *L.* 6. §. 2. *D. de re iudic. L.* 7. *D. eodem.* KÜSTNER Diss. cit. §. 8.

52) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. Lib. XLII. Tit. 1. §. 39.

53) Danz Grundsätze des ordentl. Prozesses §. 463. u. Martin Lehrbuch des teutsch. gemein. Prozesses. §. 256.

54) *L.* 26. §. 1. *D. de pigner. act. L.* 2. *et* 3. *Cod. Si in causa iudic. pignus.* SCHROEDER Opusc. cit. §. 94. und PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 61. §. 2. et 3.

55) *L.* 61. *D. de re iudic.*

56) *L.* 15. §. 2. *D. eodem.*

tium[57]), soviel Sachen abpfänden, als zur Befriedigung des Gläubigers zureichen[58]). Letztere sind nur dann ein Gegenstand der Execution, wenn erstere zur Befriedigung des Gläubigers nicht genügen[59]), und in diese erhält der Gläubiger die Immission[60]). Erst durch diese Auspfändung oder wirkliche Einsetzung des Gläubigers in den Besitz entsteht das pignus iudiciale[61]).

Es kann jedoch ein solches Pfandrecht nur bey persönlichen Klagen entstehen. Denn bey dinglichen Klagen wird der erstrittene Gegenstand dem Beklagten durch Hülfe des Gerichts manu militari weggenommen, und dem obsiegenden Kläger zugestellt[62]). Hier kann also von Bestellung eines Pfandrechts nicht die Rede seyn[63]). Nach einer Verordnung des Kaisers Pius soll

57) *L. 6. et 8. Cod. de execut. rei iudic. L. 7. C. Quae res pignori.* § 24. *I de act.* KÜSTNER Diss. cit. § 20.

58) *L. 5. Cod. Quor. appellat. non recipiant.* Westphal §. 50.

59) *L. 15. §. 2 D de re iudic.* KÜSTNER § 16.

60) *L. 2. et 3. Cod Qui potior. in pignore.*

61) *L. 26. §. 1. D. de pignor. act.* Gesterding Pfandrecht §. 19. S. 121. f.

62) *L. 68. D. de rei vindicat.* S. den 8. Th. dieses Commentars §. 588. Not. 59.

63) KÜSTNER cit. Diss. §. 10. und Gesterding Pfandrecht §. 19. Not. 31. S. 122.

64) *L. 31. D. de re iudicata.* Debitoribus non tantum petentibus dies ad solvendum dandi sunt, sed et prorogandi, si res exigat. Si qui tamen per contumaciam magis, quam quia non possint explicare pecuniam, differant

soll zwar zum Verkauf des Pfandes erst dann geschritten werden, wenn der Schuldner binnen zwey Monaten nach geschehener Auspfändung nicht Zahlung leistet. Allein nachdem Justinian dem Schuldner eine Zeit von vier Monaten zur Erfüllung des rechtskräftigen Erkenntnisses gegeben hat, kann jetzt das Pfand ohne weitern Aufschub verkauft werden[65]). Den Verkauf bewerkstelliget aber nicht der Sieger, sondern der vollziehende Richter[66]), dessen Auctorität bey dem pignus iudiciale an die Stelle eines Conventional-Pfandrechts tritt[67]). Uebri-

ferant solutionem: *pignoribus captis* compellendi sunt ad satisfaciendum ex forma, quam Cassio Proconsuli D. PIUS in haec verba praescripsit: *His, qui fatebuntur debere, aut ex re iudicata necesse habebunt reddere, tempus ad solvendum detur, quod sufficere pro facultate cuiusque videbitur, eorum qui intra diem vel ab initio datum, vel ex ea causa postea prorogatum sibi, non reddiderint, pignora capi: eaque, si intra duos menses non solverint, vendantur; si quid ex pretiis supersit, reddatur ei, cuius pignora vendita erant.* S. CUJACIUS Observat. Lib III. cap 39. DUARENUS in Tit. Dig. de re iudic. Cap. 4. *Operum* pag. 701. und *Iac.* GOTHOFREDUS Comm. ad L. 1. Cod. Theod de distract. pignor. Tom. IV. Lib. XI. Tit. 9. pag. 93. edit. *Ritter.*

65) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 18. HUBER Praelect ad Pand. Lib. XLII. Tit. 5. §. 2. in fin. SCHROEDER Opusc. cit. §. 99. Gesterding S. 120.

66) *L.* 2. *Cod. Si in causa iudicati.*

67) *L.* 1. *Cod. Si in causa iudicati.* Res ob causam iudicati datas eius iussu, cui ius iubendi fuit, pignoris iure teneri ac distrahi posse, saepe rescriptum est. Nam *in vicem*

Uebrigens ist noch der Unterschied zu bemerken, den die Gesetze zwischen dem pignus praetorium und iudiciale darin setzen, daß letzteres immer nur demjenigen Gläubiger zum Nutzen gereicht, in dessen Sache das rechtskräftige Urtheil ergieng, zu dessen Vollstreckung die Auspfändung des Schuldners geschahe, dahingegen ersteres, wenn es einem Gläubiger durch die gebetene Immission war bestellet worden, allen nachherigen Gläubigern zu statten kam, welche sich binnen der dazu gesetzlich vorgeschriebenen Frist gemeldet hatten[68]). Daher sagte man, pignus praetorium *in rem*, pignus iudiciale autem *in personam* constitui[69]). Die Folge davon war, daß wenn mehrere Gläubiger zu verschiedenen Zeiten durch

vicem iustae obligationis succedit *ex causa contractus* auctoritas iubentis. Die Worte *ex causa contractus* müssen, wenn ein richtiger Sinn herauskommen soll, auf die Worte *in vicem iustae obligationis* bezogen werden, wie nicht nur die *Basilica* Tom. IV. Lib XXV. Tit. 7 Const 16. lehren, welche die bemerkten Worte so übersetzen: ἔοικεν γὰρ τῷ ἀπὸ συμφώνου ἐνεχύρῳ, καὶ ὁμοίαν τάξιν ἐπέχει. i. e. *Nam simile est conventionali pignori, et vim eius obtinet;* sondern auch CUJACIUS in Recitationib. solemn. in Cod. ad h L. und *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. LXXV. Th. 8. bemerkt haben.

68) SCHROEDER Opusc. cit. Sect. I. Cap. III. §. 135. pag. 123. sqq.

69) *L.* 12 *pr. D. de reb. auct. iud possid.* Cum unus ex creditoribus postulat in bona debitoris se mitti: quaeritur, utrum solus is, qui petit, possidere potest? an cum unus petit, et Praetor permisit, omnibus creditoribus aditus sit? et commodius dicitur, cum Praetor permiserit, non tam *personae solius petentis*, quam creditoribus, et *in rem* permissum videri: quod et LABEO putat.

Hülfsvollſtreckung ein pignus iudiciale erhalten hatten, unter ihnen die Ordnung der Zeit den Vorzug des einen vor dem andern beſtimmte[70]); wobey denn aber natürlich nicht auf die Zeit geſehen wurde, da das Urtheil war eröfnet worden, ſondern wo die wirkliche Hülfsvollſtreckung erfolgt war[71]); dahingegen galt bey dem pignus praetorium kein Vorzug der Zeitordnung[72]), ſondern alle Gläubiger, welche auch erſt ſpäter die Immiſſion erhalten hatten, hatten dennoch auf verhältnißmäſſige Befriedigung gleichen Anſpruch[73]); und ſo wenig die früher immittirten Gläubiger einen Vorzug vor

70) *L.* 10. *D. Qui potior. in pign.* Si et iure iudicatum, et pignus in causa iudicati ex auctoritate eius, qui iubere potuit, captum est, *privilegiis temporis fore potiorem heredem eius, in cuius persona pignus constitutum est.* S. Weſtphal's Pfandrecht §. 50. Not. 71.

71) Dieß iſt es, was uns Julian lehrt *L.* 61. *D. de re iudic.* In iudicati actione non prius ratio haberi debet eius, *cui prior reus condemnatus fuerit*; und es iſt ein offenbarer Mißverſtand, wenn *Guil.* FORNERIUS Selection. Lib. I. cap. 18. (*Thes. Otton.* T. II. p. 26.) gegen Cujaz Observat. Lib. V. cap. 30. aus dieſer Stelle hat beweiſen wollen, daß auch bey dem pignus iudiciale keine Zeitordnung wäre beobachtet worden. Cujaz hat ſich dagegen Lib. IX. Observat. cap. 37. vollkommen gerechtfertiget, und noch ausführlicher hat ihn nachher OSIUS AURELIUS de variantib. Cujacii Interpretat. (Tom. III. *Thes. Otton.* pag. 800. ſeqq.) vertheidiget.

72) *L.* 5. §. 2. *D. Ut in poss. legator. L.* 12. *D. de reb. auct. iud. possid.*

73) *L.* 6. §. 7. *L.* 10. §. 16. *D. Quae in fraudem creditorum. L. ult. D. de curatore bonis dando.*

vor einem solchen Gläubiger verlangen konnten, der späterhin ein pignus iudiciale erhalten hatte[74]), eben so wenig konnte aber auch dieser einen Vorzug vor dem früher immittirten Gläubiger begehren, wenn er nicht noch vor ihrer Immission das pignus iudiciale ausgewirkt hatte[75]). Nur in zwey Fällen ging der Gläubiger, der früher ein pignus praetorium erhalten hatte, demjenigen vor, welchem späterhin ein pignus iudiciale war bestellet worden. Erstens, wenn das pignus praetorium von der Art war, daß es nur dem allein ein ausschließliches Recht gab, welcher die Immission erhalten hatte, wie z. B. wenn ein Legatar legati servandi gratia war immittirt worden[76]); zweytens wenn der spätere Gläubiger das pignus judiciale erst nach Ablauf der gesetzlichen Frist ausgewirkt hatte[77]).

§. 1081.

74) Das Gegentheil behaupten zwar BACHOV Tr. de pignor. et hypoth. Lib. IV. cap. 7. nr. 2. VOET Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 4. §. 28 und HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XLII. Tit. 5. §. 1. Allein sie haben offenbar Unrecht, wie SCHROEDER Opusc. cit. §. 137—139. gezeigt hat.

75) Arg. *L 6.* §. 7. *D. Quae in fraud. cred.* SCHROEDER c. l. §. 141.

76) *L.* 2. *Cod. Qui potior. in pignore.* Si decreto Praetoris, qui fideicommisso ius dixit, in possessionem fundi hereditarii, *fideicommissi conditionalis servandi gratia*, prius inducti estis, quam adversarius vester *in causam iudicati* eiusdem fundi pignus occupaverit: iussu eius, qui iure sententiam exequebatur, *tempore potiores estis.* Nam cum de pignore utraque pars contendit, praevalet iure, qui praevenit tempore. S. SCHROEDER Opusc. cit. §. 142.

77) *L. ult. pr. Cod. de bonis auctorit. iud. possid.* SCHROEDER c. l. §. 143.

§. 1081.

Oeffentliches und Privatrecht. Erläuterung der *L.* 11. *Cod. Qui potiores in pignore.*

Daß ein Conventionalpfandrecht entweder ein öffentliches oder Privatpfandrecht seyn könne, ist schon oben (S. 186) bemerkt worden. Hier ist diese Eintheilung noch näher zu erklären[78]). Man gründet sie auf die bekannte Verordnung des Kaisers Leo, welche in dem Justinianeischen Codex *L.* 11. *VII.* 18. *Qui potiores in pignore* folgendermassen lautet:

Scripturas, quae saepe assolent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis nec ne, transigendi, vel paciscendi, seu foenerandi, vel societatis coeundae gratia, seu de aliis quibuscunque causis, vel contractibus conficiuntur, quae ἀποχειρα graece appellantur: sive tota series earum manu contrahentium, vel notarii, vel alterius

78) Es sind hier besonders folgende Schriften zu bemerken. *Ferd. Christ* HARPPRECHT Diss de pignore publico. *Tüb.* 1714. (in EIUSDEM *Dissertat. acad* Vol. I. Nr. 27.) *Iust. Henn.* BOEHMER Diss. de praerogativa hypothecarum publicarum. *Halae* 1744. *Io Aug.* HELLFELD Diss. de praerogativa hypothecae publicae tacitae aeque ac expressae competente *I.nae* 1771. (in *Opuscul.* Nr. IX) *Car. Christph.* HOFACKER Diss. de praerogativa pignorum publicorum. *Tübingae* 1780 4 Heinr. Ernst Ferd. Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfändern. Tübingen 1802 8. Christoph Christ. Dabelow ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 308. ff. und S. 622. ff. Christ. Gottl. von Gmelin Ordnung der Gläubiger beym Gantprozesse. Kap. 6. §. 108. und Gesterding §. 38.

rius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis, sive non: licet conditionales sint, quos vulgo Tabularios appellant, sive non, quasi publice conscriptas, si pernonalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Sin autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit: *eum, qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur:* nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur: tunc enim *quasi publice confecta* accipiuntur.

Der ganze Inhalt dieser Constitution zeigt, daß hier mehr von dem Unterschiede zwischen öffentlichen und Privaturkunden in Beziehung auf ihre Beweiskraft, als von dem Unterschiede zwischen öffentlichen und Privathypotheken die Frage sey, welchen letztern nur die Doctrin aus dieser Verordnung abgeleitet hat. Ohne auch nur genauer anzugeben, welche Urkunden für öffentliche und welche für Privaturkunden zu halten sind, werden hier drey Hauptsätze aufgestellt.

I. Wird blos eine persönliche Klage angestellt, so soll zwischen öffentlichen und Privaturkunden kein Unterschied seyn, sondern es sollen auch bloße Privaturkunden [79]), welche

79) Dieß sind hier scripturae *secrete*, oder wie Andere lesen, *secreto* confectae. Denn *secrete* oder *secreto* wird in unsern Gesetzen sehr häufig dem entgegengesetzt, quod *publice* i. e. actis intervenientibus fit. S. z. B. *L. un.* §. 10. *Cod. de latina lib. tollenda.* Vergl. WUNDERLICH Addit. ad *Brissonium* voc. *Secrete* et *Secreto*.

römischen Gerichtsordnung mußte dasselbe durch die actio iudicati veranlaßt werden [51]). Jetzt bedarf es zwar deshalb keiner besondern Klage mehr [52]), es muß aber doch, da der Richter nicht von Amtswegen die Hülfsvollstreckung verfügt, von Seiten des obsiegenden Theils darauf angetragen, und auch dem verurtheilten Schuldner die Execution vorher angedrohet werden, ehe sie von den Gerichten realisirt werden kann [53]). Es muß endlich,

4) dem richterlichen Decret gemäß, die Vollziehung des rechtskräftigen Urtheils auch wirklich vor sich gegangen seyn [54]). Das bloße Decret des Richters giebt an sich noch kein Pfandrecht [55]). In Absicht auf die Art, wie dasselbe durch die Hülfsvollstreckung bestellt wurde, war ein Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen. In die ersteren muß immer zuerst die Execution vollzogen werden [56]). Hier läßt der Richter dem Schuldner durch die Gerichtsdiener (*apparitores*, *viatores*, *executores litium*

51) *L.* 6. §. 2. *D. de re iudic. L.* 7. *D. eodem.* KÜSTNER Diss. cit. §. 8.

52) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. Lib. XLII. Tit. 1. §. 39.

53) Danz Grundsätze des ordentl. Prozesses §. 463. u. Martin Lehrbuch des teutsch. gemein. Prozesses. §. 256.

54) *L.* 26. §. 1. *D. de pigner. act. L.* 2. *et* 3. *Cod. Si in causa iudic. pignus.* SCHROEDER Opusc. cit. §. 94. und PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 61. §. 2. et 3.

55) *L.* 61. *D. de re iudic.*

56) *L.* 15. §. 2. *D. eodem.*

tium [57]), soviel Sachen abpfänden, als zur Befriedigung des Gläubigers zureichen [58]). Letztere sind nur dann ein Gegenstand der Execution, wenn erstere zur Befriedigung des Gläubigers nicht genügen [59]), und in diese erhält der Gläubiger die Immission [60]). Erst durch diese Auspfändung oder wirkliche Einsetzung des Gläubigers in den Besitz entsteht das pignus iudiciale [61]).

Es kann jedoch ein solches Pfandrecht nur bey persönlichen Klagen entstehen. Denn bey dinglichen Klagen wird der erstrittene Gegenstand dem Beklagten durch Hülfe des Gerichts manu militari weggenommen, und dem obsiegenden Kläger zugestellt [62]). Hier kann also von Bestellung eines Pfandrechts nicht die Rede seyn [63]). Nach einer Verordnung des Kaisers Pius soll

57) *L. 6. et 8. Cod. de execut. rei iudic. L. 7. C. Quae res pignori. § 24. I de act.* KÜSTNER Diss. cit. § 20.

58) *L. 5. Cod. Quor. appellat. non recipiant.* Westphal §. 50.

59) *L. 15. §. 2 D de re iudic.* KÜSTNER § 16.

60) *L. 2. et 3. Cod Qui potior. in pignore.*

61) *L. 26. §. 1. D. de pignor. act.* Gesterding Pfandrecht. §. 19. S. 121. f.

62) *L. 68. D. de rei vindicat.* S. den 8. Th. dieses Commentars §. 588. Not. 59.

63) KÜSTNER cit. Diss. §. 10. und Gesterding Pfandrecht §. 19. Not. 31. S. 122.

64) *L. 31. D. de re iudicata.* Debitoribus non tantum petentibus dies ad solvendum dandi sunt, sed et prorogandi, si res exigat. Si qui tamen per contumaciam magis, quam quia non possint explicare pecuniam, differant

soll zwar zum Verkauf des Pfandes erst dann geschritten werden, wenn der Schuldner binnen zwey Monaten nach geschehener Auspfändung nicht Zahlung leistet. Allein nachdem **Justinian** dem Schuldner eine Zeit von vier Monaten zur Erfüllung des rechtskräftigen Erkenntnisses gegeben hat, kann jetzt das Pfand ohne weitern Aufschub verkauft werden[65]). Den Verkauf bewerkstelliget aber nicht der Sieger, sondern der vollziehende Richter[66]), dessen Auctorität bey dem pignus iudiciale an die Stelle eines Conventional-Pfandrechts tritt[67]). Uebri-

ferant solutionem: *pignoribus captis* compellendi sunt ad satisfaciendum ex forma, quam Cassio Proconsuli *D.* PIUS in haec verba praescripsit: *His, qui fatebuntur debere, aut ex re iudicata necesse habebunt reddere, tempus ad solvendum detur, quod sufficere pro facultate cuiusque videbitur, eorum qui intra diem vel ab initio datum, vel ex ea causa postea prorogatum sibi, non reddiderint, pignora capi: eaque, si intra duos menses non solverint, vendantur; si quid ex pretiis supersit, reddatur ei, cuius pignora vendita erant.* S. CUJACIUS Observat. Lib III. cap 39. DUARENUS in Tit. Dig. de re iudic. Cap. 4. *Operum* pag. 701. und *Iac.* GOTHOFREDUS Comm. ad L. 1. Cod. Theod de distract. pignor. Tom. IV. Lib. XI. Tit. 9. pag. 93. edit. *Ritter.*

65) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 18. HUBER Praelect ad Pand. Lib. XLII. Tit. 5. §. 2. in fin. SCHROEDER Opusc. cit. §. 99. Gesterding S. 120.

66) *L.* 2. *Cod. Si in causa iudicati.*

67) *L.* 1. *Cod. Si in causa iudicati.* Res ob causam iudicati datas eius iussu, cui ius iubendi fuit, pignoris iure teneri ac distrahi posse, saepe rescriptum est. Nam *in vicem*

Uebrigens ist noch der Unterschied zu bemerken, den die Gesetze zwischen dem pignus praetorium und iudiciale darin setzen, daß letzteres immer nur demjenigen Gläubiger zum Nutzen gereicht, in dessen Sache das rechtskräftige Urtheil ergieng, zu dessen Vollstreckung die Auspfändung des Schuldners geschahe, dahingegen ersteres, wenn es einem Gläubiger durch die gebetene Immission war bestellet worden, allen nachherigen Gläubigern zu statten kam, welche sich binnen der dazu gesetzlich vorgeschriebenen Frist gemeldet hatten[68]) Daher sagte man, pignus praetorium *in rem*, pignus iudiciale autem *in personam* constitui[69]). Die Folge davon war, daß wenn mehrere Gläubiger zu verschiedenen Zeiten durch

vicem iustae obligationis succedit *ex causa contractus* auctoritas iubentis. Die Worte *ex causa contractus* müssen, wenn ein richtiger Sinn herauskommen soll, auf die Worte *in vicem iustae obligationis* bezogen werden, wie nicht nur die *Basilica* Tom. IV. Lib XXV. Tit. 7 Const 16. lehren, welche die bemerkten Worte so übersetzen: ἔοικεν γὰρ τῷ ἀπὸ συμφώνου ἐνεχύρῳ, καὶ ὁμοίαν τάξιν ἐπέχει. i. e. *Nam simile est conventionali pignori, et vim eius obtinet;* sondern auch CUJACIUS in Recitationib. solemn. in Cod. ad h L. und *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. LXXV. Th. 8. bemerkt haben.

68) SCHROEDER Opusc. cit. Sect. I. Cap. III. §. 135. pag. 123. sqq.

69) *L.* 12 *pr. D. de reb. auct. iud possid.* Cum unus ex creditoribus postulat in bona debitoris se mitti: quaeritur, utrum solus is, qui petit, possidere potest? an cum unus petit, et Praetor permisit, omnibus creditoribus aditus sit? et commodius dicitur, cum Praetor permiserit, non tam *personae solius petentis*, quam creditoribus, et *in rem* permissum videri: quod et LABEO putat.

Hülfsvollſtreckung ein pignus iudiciale erhalten hätten, unter ihnen die Ordnung der Zeit den Vorzug des einen vor dem andern beſtimmte[70]; wobey denn aber natürlich nicht auf die Zeit geſehen wurde, da das Urtheil war eröfnet worden, ſondern wo die wirkliche Hülfsvollſtreckung erfolgt war[71]; dahingegen galt bey dem pignus praetorium kein Vorzug der Zeitordnung[72], ſondern alle Gläubiger, welche auch erſt ſpäter die Immiſſion erhalten hatten, hatten dennoch auf verhältnißmäſſige Befriedigung gleichen Anſpruch[73]; und ſo wenig die früher immittirten Gläubiger einen Vorzug vor

70) *L.* 10. *D. Qui potior. in pign.* Si et iure iudicatum, et pignus in causa iudicati ex auctoritate eius, qui iubere potuit, captum est, *privilegiis temporis fore potiorem heredem eius, in cuius persona pignus constitutum est.* S. Weſtphal's Pfandrecht §. 50. Not. 71.

71) Dieß iſt es, was uns Julian lehrt *L.* 61. *D. de re iudic.* In iudicati actione non prius ratio haberi debet eius, *cui prior reus condemnatus fuerit*; und es iſt ein offenbarer Mißverſtand, wenn *Guil.* FORNERIUS Selection. Lib. I. cap. 18. (*Thes. Otton.* T. II. p. 26.) gegen Cujaz Observat. Lib. V. cap. 30. aus dieſer Stelle hat beweiſen wollen, daß auch bey dem pignus iudiciale keine Zeitordnung wäre beobachtet worden. Cujaz hat ſich dagegen Lib. IX. Observat. cap. 37. vollkommen gerechtfertiget, und noch ausführlicher hat ihn nachher OSIUS AURELIUS de variantib. Cujacii Interpretat. (Tom. III. *Thes. Otton.* pag. 800. seqq.) vertheidiget.

72) *L.* 5. §. 2. *D. Ut in poss. legator. L.* 12. *D. de reb. auct. iud. possid.*

73) *L.* 6. §. 7. *L.* 10. §. 16. *D. Quae in fraudem creditorum. L. ult. D. de curatore bonis dando.*

vor einem solchen Gläubiger verlangen konnten, der späterhin ein pignus iudiciale erhalten hatte[74]), eben so wenig konnte aber auch dieser einen Vorzug vor dem früher immittirten Gläubiger begehren, wenn er nicht noch vor ihrer Immission das pignus iudiciale ausgewirkt hatte[75]). Nur in zwey Fällen ging der Gläubiger, der früher ein pignus praetorium erhalten hatte, demjenigen vor, welchem späterhin ein pignus iudiciale war bestellet worden. Erstens, wenn das pignus praetorium von der Art war, daß es nur dem allein ein ausschließliches Recht gab, welcher die Immission erhalten hatte, wie z. B. wenn ein Legatar legati servandi gratia war immittirt worden[76]); zweytens wenn der spätere Gläubiger das pignus judiciale erst nach Ablauf der gesetzlichen Frist ausgewirkt hatte[77]).

§. 1081.

74) Das Gegentheil behaupten zwar BACHOV Tr. de pignor. et hypoth. Lib. IV. cap. 7. nr. 2. VOET Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 4. §. 28 und HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XLII. Tit. 5. §. 1. Allein sie haben offenbar Unrecht, wie SCHROEDER Opusc. cit. §. 137—139. gezeigt hat.

75) Arg. *L.* 6. §. 7. *D. Quae in fraud. cred.* SCHROEDER c. l. §. 141.

76) *L.* 2. *Cod. Qui potior. in pignore.* Si decreto Praetoris, qui fideicommisso ius dixit, in possessionem fundi hereditarii, *fideicommissi conditionalis servandi gratia*, prius inducti estis, quam adversarius vester *in causam iudicati* eiusdem fundi pignus occupaverit: iussu eius, qui iure sententiam exequebatur, *tempore potiores estis.* Nam cum de pignore utraque pars contendit, praevalet iure, qui praevenit tempore. S. SCHROEDER Opusc. cit. §. 142.

77) *L. ult. pr. Cod. de bonis auctorit. iud. possid.* SCHROEDER c. l. §. 143.

§. 1081.

Oeffentliches und Privatrecht. Erläuterung der *L.* 11. *Cod. Qui potiores in pignore.*

Daß ein Conventionalpfandrecht entweder ein öffentliches oder Privatpfandrecht seyn könne, ist schon oben (S. 186) bemerkt worden. Hier ist diese Eintheilung noch näher zu erklären[78]). Man gründet sie auf die bekannte Verordnung des Kaisers Leo, welche in dem Justinianeischen Codex *L.* 11. *VII.* 18. *Qui potiores in pignore* folgendermassen lautet:

Scripturas, quae saepe assolent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis nec ne, transigendi, vel paciscendi, seu foenerandi, vel societatis coeundae gratia, seu de aliis quibuscunque causis, vel contractibus conficiuntur, quae χειόχειρα graece appellantur: sive tota series earum manu contrahentium, vel notarii, vel alterius

78) Es sind hier besonders folgende Schriften zu bemerken. *Ferd. Christ* HARPPRECHT Diss de pignore publico. *Tüb.* 1714. (in EIUSDEM *Dissertat. acad* Vol. I. Nr. 27.) *Iust. Henn.* BOEHMER Diss. de praerogativa hypothecarum publicarum. *Halae* 1744. *Io Aug.* HELLFELD Diss. de praerogativa hypothecae publicae tacitae aeque ac expressae competente *Ilnae* 1771. (in *Opuscul.* Nr. IX) *Car. Christph.* HOFACKER Diss. de praerogativa pignorum publicorum, *Tübingae* 1780 4 Heinr. Ernst Ferd. Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfändern. Tübingen 1802 8. Christoph Christ. Dabelow ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 308. ff. und S. 622. ff. Christ. Gottl. von Gmelin Ordnung der Gläubiger beym Gantprozesse. Kap. 6. §. 108. und Gesterding §. 30.

rius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis, sive non: licet conditionales sint, quos vulgo Tabularios appellant, sive non, quasi publice conscriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Sin autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit: *eum, qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur:* nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur: tunc enim *quasi publice confecta* accipiuntur.

Der ganze Inhalt dieser Constitution zeigt, daß hier mehr von dem Unterschiede zwischen öffentlichen und Privaturkunden in Beziehung auf ihre Beweiskraft, als von dem Unterschiede zwischen öffentlichen und Privathypotheken die Frage sey, welchen letztern nur die Doctrin aus dieser Verordnung abgeleitet hat. Ohne auch nur genauer anzugeben, welche Urkunden für öffentliche und welche für Privaturkunden zu halten sind, werden hier drey Hauptsätze aufgestellt.

I. Wird blos eine persönliche Klage angestellt, so soll zwischen öffentlichen und Privaturkunden kein Unterschied seyn, sondern es sollen auch bloße Privaturkunden [79]), welche

79) Dieß sind hier scripturae *secrete*, oder wie Andere lesen, *secreto* confectae. Denn *secrete* oder *secreto* wird in unsern Gesetzen sehr häufig dem entgegengesetzt, quod *publice* i. e. actis intervenientibus fit. S. z. B. *L. un.* §. 10. *Cod. de latina lib. tollenda.* Vergl. WUNDERLICH Additam. ad *Brissonium* voc. *Secrete* et *Secreto*.

welche die Griechen Notarien nennen, die Ihnen in den Gerichten besondere Verrichtungen besorgten, sie mögen entweder von der Hand der Contrahenten seyn, es sey über welches Gebiet es wolle, welches sie nur einander abgeschrieben haben, oder von der Hand eines Notars[22]), oder irgend

Sc. Die Notarien, deren hier Erwähnung geschieht, waren bey den Römern nicht solche Personen, welche man jetzt mit diesem Namen zu belegen pflegen; sondern es waren meist Sklaven, die man zum Geschwindschreiben brauchte, und welche von den Abkürzungen, deren sie sich im Schreiben bedienten, und welche man *Notae* nannte, den Namen *Notarii* erhielten. ISIDORUS Orig. Lib. I. c. 21. SENECA Epist. 90. *L.* 41. §. 3 *D. de fideicomm. libertat. L.* 26. *C. de pignor. et hyp.* GUID PANCIROLUS Thes. variar. Lection. utriusq. iuris Lib. I. c. 30. *B.* BRISSONIUS Selectar ex iure civ. Antiquitat. Lib. IV. cap. 21. und ROSINUS Romanar. Antiquitat. Lib. VII. ad Cap. ult. Paralip. pag. 541. Solche Notarien bedienten sich nicht nur Privatpersonen, *L.* 42. *D. de testam. milit.* sondern auch die römischen Magistrate zu den Gerichtsacten, wie aus *L.* 33. §. 1. *D. Ex quib. caus. majores.* erhellet. Erstere nannte man *Exceptores*, *L.* 19. §. 9. *D. Locati. Librarii L.* 92. *D. de div. reg. iur.* und *Scribae.* Letztere wurden *Actuarii* genannt. SUETONIUS *Caes. c.* 55 *Tit. Cod. XII.* 50. *de Numerariis*, *Actuariis* etc. auch *Scribae*; *L. ult.* §. 17. *D. de munerib. et honor.* Sie waren in Decurien abgetheilt, von denen sie ihren Namen erhielten. SUETONIUS *Claud. c.* 1. CICERO *in Verrem.* Lib. I. 79. *Iac.* GOTHOFREDUS Comm. ad *L.* 2. Cod. Th. VIII 1. de Numerariis. Es gab daher scribae *Praetoris*, *L. ult. Cod. de Magistr. conven.* Scribae *Aedilitii*, CICERO *pro Cluentio c.* 45 *Quaestorii*, SUETONIUS *Domitian. c.* 9. Es standen aber die Scribae publici in keiner größeren Achtung, als

irgend einer andern Person geschrieben seyn, wenn sie nur mit der Unterschrift der Contrahenten versehen sind, und, wie hierbey natürlich vorauszusetzen ist, entweder von dem Theile, wider welchen daraus geklagt wird, als richtig anerkannt worden, oder im Läugnungsfalle deren Richtigkeit erwiesen werden kann [81]). Es soll dann auch nicht weiter darauf ankommen, ob Zeugen dabey gebraucht worden sind, oder nicht, die Zeugen mögen conditionales seyn, die man *Tabularii* [82]) zu nennen pflegt, durch deren

als die Scribae privati. CORNELIUS *Nepos* in Eumene. Cap. 1. Daraus erklärt sich, was Modestin sagt *L.* 33. §. 1. *D. Ex quib. caus. major.* Eos, qui notis scribunt acta Praesidum, Reipublicae causa non abesse certum est. Man sehe noch *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. V. c. 17. n. 6.

81) *L.* 25. §. *ult. D. de probat. L.* 20. *C. de fide instrumentor.* und *Auth. Si quis vult. Cod. Qui potior. in pignore.*

82) *Tabularii* oder auch *Tabelliones* waren auch eine Art von Notarien, die zur Ausfertigung der Urkunden gebraucht wurden. *L.* 1. *Cod. Ut nemo ad suum patrim.* (XI. 53.) *L.* 2. *Cod. de Eunuch. L.* 17. *Cod. de fide instrum. L.* 24. *C. de Testam. Nov.* 44. und CUJACIUS ad L. 15. C de decurion. Es waren Anfangs Servi publici, welche auch Servi civitatis genennt werden. *L.* 3. *C. de Servis reip. manum. L.* 13. *D. de adopt.* iuncto §. 3. *I. eodem. L. fin. D. Quod cuiusq. univ. nom. L.* 1. §. 15. *D. de Magistrat. conven* Erst die Kaiser Arcadius und Honorius verordneten, *L.* 3. *Cod. X.* 69. *de Tabulariis*, daß nur freye Personen dieses Amt bekleiden sollten. Diese Tabularii waren aber öffentliche Personen, und ihre Ausfertigungen hatten eine öffentliche Glaubwürdigkeit. *L. ult. Cod.*

Th.

ren Ausfertigung Urkunden eine öffentliche Glaubwürdigkeit erhalten, oder andere Zeugen. Auf alles dieses soll es nicht ankommen, sofern aus Urkunden blos persönliche Ansprüche verfolgt werden; sondern es sollen in diesem Falle auch bloße Privaturkunden, vorausgesetzt, daß sie an sich Beweißkraft haben, eben so wirksam seyn, wie öffentliche Urkunden, wenn auch der Kläger, welcher sich auf eine solche Urkunde gründet, mit andern Gläubigern concurriren sollte, welche ihre, jedoch auch nur persönlichen Ansprüche, aus öffentlichen Urkunden verfolgen [83]). In den Basiliken [84]) lautet der erste Theil unserer Verordnung also:

Εάν

Th. de Tabulariis. L. 9. et 12. Cod. Th. de Numerariis et Actuariis. L. 2. C. Th. de annona et tribut. L. 3. C. Th. de Superexactor. et *L. 32. Cod. Inst. de Episcopis.* S. *Io.* WASTEAU Diss. de iure et iurisdictione municipiorum. *Lugd. Batav.* 1727. Cap. 3. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertat. iuridicar. Belgicar.* Vol. II. Tom. II. pag. 316.) In unserm Gesetz werden sie Testes *conditionales* genannt, vermuthlich in Beziehung auf ihren ehemaligen sklavischen Zustand, weswegen sie auch, wie andere Sklaven, der Tortur unterworfen waren. *L. 2. Cod. XII. 50. de Numerariis et Actuariis. L. 8. C. de Quaestionib.* BRISSONIUS de Verbor. Signif. voc. *Conditionalis.* oder wie daselbst HEINECCIUS will, weil sie die Freyheit unter der Bedingung erhalten hatten, um sich diesen Dienstgeschäften auf beständig zu widmen. Man sehe auch *Ge.* KREKEMEYER Diatr. de instrumentorum definitione ac divisione. *Goett.* 1743 §. 6 not. 5. pag. 102. u. Westphal's Pfandrecht. §. 166. Not. 184.

83) S. *Hug.* DONELLUS Comm. ad L. 11. Cod. Qui potior. in pignore. num. 2. pag. 639.

84) Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 5. Const. 38. pag. 68.

Εάν τις κοινήσῃ ἰδιόχειρον παρουσίᾳ φίλων, εἴτε ἐπὶ διαλύσει, ἢ δανείῳ, ἢ κοινωνίᾳ, καὶ εἴτε γράψῃ ἰδιοχείρως ὅλον τὸ ὕφος, εἴτε διὰ νοταρίου, ἢ ἄλλου τινὸς, καὶ αὐτὸς ὑπογράψῃ εἴτ' οὖν ταβουλλαρίος, φαμὲν ὅτι, εἰ μὲν ἡ προσωπικὴ ἀγωγὴ κινεῖται. τὴν ἰδίαν ἐχέτω δυνάμιν. i. e. *Si quis privatum instrumentum fecerit, praesentibus amicis, sive transigendi, sive foenerandi, vel societatis coeundae gratia, sive totam seriem instrumenti manu sua scripserit, vel notarii, vel alterius cuiuslibet, et ipse subscripserit, sive tabularius, siquidem personalis actio exerceatur, suum robur habeat.*

II. Würde aber Jemand aus dergleichen Urkunden ein Pfandrecht verfolgen, so soll derjenige, welcher sich auf öffentliche Urkunden stützt, den Vorzug haben, wenn er auch gleich der Zeit nach ein jüngerer Pfandgläubiger wäre; jedoch soll

III. eine Ausnahme bey denjenigen Privaturkunden Statt finden, welche von wenigstens drey im Rufe der Ehrlichkeit und Unbescholtenheit stehenden Mannspersonen unterschrieben sind. Solche Privaturkunden sollen dann, in Beziehung auf das Pfandrecht, den öffentlichen gleichgeachtet werden.

Der letzte Theil dieser Verordnung ist in den Basiliken auf folgende Art ins Griechische übertragen: *Εἰ δὲ ἐξ αὐτοῦ ἐνέχυρα ἀπαιτοῦνται, προτιμᾶται ὁ ἀπὸ ἀγοραίου κινῶν, εἰ μὴ ἄρα τρεῖς εἰσὶ μάρτυρες οἱ εἰς τὸ ἰδιόχειρον ὑπογράψαντες ὑπολήψεως λαμβάνας.* i. e. *Sin autem ex eo pignus vindicetur, praefertur, qui ex publico s. forensi instrumento agit, nisi*

nisi adjecta sint tres testes privatae atque integrae opinionis, qui privatis instrumentis subscripserint.

Der Unterſchied, welcher hier zwiſchen öffentlichen und Privaturkunden in Beziehung auf das Pfandrecht gemacht wird, beruhet in der Natur der Sache ſelbſt. Denn es iſt ein bekannter Rechtsſatz, daß Privaturkunden, welche eine Anerkennung übernommener Verbindlichkeiten enthalten, zwar gegen den Ausſteller, und diejenigen, welche deſſelben Handlungen zu vertreten ſchuldig ſind, aber nicht gegen einen Dritten beweiſen, weil ein Bekenntniß nie einem Dritten zum Nachtheil gereichen kann[85]). Wird nun aus einem ſchriftlichen Schuldbekenntniß mit einer perſönlichen Klage gegen den Schuldner ſelbſt, oder deſſelben Erben geklagt, ſo kann natürlich nichts darauf ankommen, ob die Urkunde, woraus geklagt wird, eine öffentliche oder Privaturkunde iſt, wenn nur die Richtigkeit derſelben außer Zweifel iſt, und ihrer Glaubwürdigkeit ſonſt nichts im Wege ſteht, wie hierbey nothwendig vom Kaiſer Leo vorausgeſetzt werden iſt, und auch in den Worten *rem robur habere decernimus*, nicht undeutlich zu erkennen gegeben wird. Denn hier kommt blos das Bekenntniß des Schuldners in Betrachtung, und da dieſes gegen ihn den vollgültigſten Beweis bewirkt; ſo iſt klar, daß hier eine Privaturkunde, deren Richtigkeit vom Schuldner anerkannt, oder auf andere Art gehörig erwieſen iſt, gegen ihn und ſeine

85) *L. 74. D. de div. reg. iur.* S. Boley angef. Schrift §. 20. Geſterding Pfandrecht §. 32. von Gönner Handbuch des deutſch. gemeinen Prozeſſes. 2. B. Nr. XLIII. §. 8. und Nr. XLVI. §. 7. und §. 18.

seine Erben eben so entscheidend seyn müße, wie ein öffentliches Instrument, wenn auch nicht gerade die persönliche Schuldklage, sondern selbst die hypothekarische Klage gegen ihn angestellet würde[86]). Ganz anders verhält sich die Sache, wenn Jemand ein Pfandrecht daraus gegen einen Dritten verfolgen will; hier gilt die bloße Privatschuldverschreibung nichts; er muß also dem dritten Gläubiger nachstehen, welchem ein Pfandrecht mittelst einer öffentlichen Urkunde ertheilt ist. Das Gesetz räumt diesem den Vorzug ein, nicht um ihm ein besonderes, auf die Qualität der Urkunde gegründetes, Privilegium zu ertheilen, sondern weil er seinen Beweis über die ihm constituirte Hypothek vollständig geführt; der Gläubiger hingegen, der über seine Hypothek nichts als eine Privaturkunde aufzuweisen hatte, gegen ihn, als einen Dritten, nichts bewiesen hat[87]). Der Kaiser Leo wandte hier also blos die allgemeinen Grundsätze von der Beweiskraft der Urkunden auf den besondern Fall an, wenn Conventionalpfandgläubiger, welchen der Schuldner ein Pfandrecht durch einem ausdrücklichen Vertrag bestellet hat; denn auf diese bezieht sich augenscheinlich nur die ganze Verordnung[88]); mit einander con-

86) Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfändern §. 8. S. 11.

87) HOFACKER Diss. cit. §. 8—10. Bolley §. 20. und Gesterding §. 32. S. 250.

88) S. *Christ. Lud.* RUNDE Commentat. de historia, indole, ac vi remediorum securitatis, quibus iure Rom. prospectum est creditoribus debitoris obaerati per privilegia personalia, hypothecas tacitas, et privilegia hypothecar. *Goettingae* 1794. §. 64. p. 73. sq. HOFACKER Princip. iur.

concurriren, welche ihr Pfandrecht aus Urkunden verfolgen. In diesem Falle sollen diejenigen Pfandgläubiger, welche sich auf öffentliche Urkunden begründen, denjenigen vorgezogen werden, deren Hypothek in einer bloßen Privaturkunde constituirt ist. Das Besondere, welches der Kaiser Leo hierbey verordnet hat, besteht blos darin, daß bey Hypotheken, aus einer besondern Begünstigung derselben, solche Privaturkunden, welche von drey unbescholtenen männlichen Zeugen unterschrieben sind, mit öffentlichen Documenten gleiche Wirkung haben sollen; wodurch aber keineswegs eine dritte Gattung von Urkunden, welche die Do. documenta quasi publica zu nennen pflegt, sanctionirt worden ist, wie schon Gönner[89]) sehr richtig bemerkt hat. Fragt man nun aber, welche Urkunden öffentliche und welche Privaturkunden heißen, so bestimmt zwar unsere Verordnung hierüber nichts; es versteht sich aber auch schon von selbst, daß es bey diesen Unterschiede blos darauf ankommt, ob ihnen die Gesetze öffentlichen Glauben beylegen, oder nicht, und da hier von der Concurrenz mehrerer Conventional-Pfandgläubiger die Rede ist, so waren öffentliche Urkunden in Beziehung auf dieselben bey den Römern diejenigen, welche mit Einwilligung der Contrahenten entweder von solchen obrigkeitlichen Behörden, die ein ius actorum et fidei publicae hatten,

jur. civ. R. G. T. II. §. 1215. Dabelow Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 313. Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfändern §. 20. S. 28. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts §. 795. u. a. m.

89) Handbuch des gemeinen Prozesses 2. Band. Nr. XLVI. §. 3.

ten[90]), in die Gerichtsacten waren aufgenommen[91]), oder von Tabulariis, welche auch das ius actorum publicorum hatten[92]), auf Verlangen der Contrahenten

ten

90) In Rom und Constantinopel war der Magister census zur Errichtung öffentlicher Urkunden auctorisirt. *L.* 8. *C. Th. de donat. L.* 30. *Cod. Iustin. eodem. L.* 32. *L.* 41. *C. de Episcop. et Cler. L.* 18. *L.* 23. *C. de Testam. L. ult. Cod. de iure emphyt. Nov. XLIV. cap* 1. §. 4. S. PANCIROLUS Notitia dignitatum utriusque Imperii. Cap. XIV pag. 33. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Magister.* In den Provinzen der Praeses oder Rector provinciae, die Magistratus municipales, welche auch Duumviri genennt werden, und die Defensores civitatum. *L.* 30. *Cod de donat. Nov. XV. cap.* 3. S. CUJACIUS Comm. in L. 55. C. de decurion. BRISSONIUS voc *Duumvir. Scip.* GENTILIS de Iurisdict. Lib. I. cap. 32.

91) Die Gesetze bezeichnen solche gerichtliche Ausfertigungen, wenn sie sagen, ein Rechtsgeschäft werde intervenientibus gestis, *L.* 32. *Cod. de Episcop.* oder interveniente actorum testificatione errichtet. *L.* 27. *Cod. de donat.* oder *actis* insinuatur. *L.* 31. *Cod. eod.* Solche Urkunden hießen dann *publica monumenta. L. ult. C. de re iud. L.* 31. *C. de donat.* publica instrumenta. *L.* 20. *C. de fide instrum.*

92) Die Tabularii werden ausdrücklich publicae personae genennt, und die von ihnen ausgefertigten Urkunden, instrumenta publice confecta, τα συμβόλαια τὰ ἐπ' ἀγορᾶς συντελούμενα. *L.* 32. *C. de Episcop. et Cler. L* 9. §. 1. *Cod. de Defensorib. civitat. L.* 3 *Cod. de Tabulariis. Novell. XLIV. Nov. LXXIII. cap.* 5. *et* 7. Sie heißen auch Tabelliones, ferner Pragmatici, ἀγορᾶῖοι, i. e. qui forensibus negotiis se accommodant. *L.* 9. §. 4. *D. de poenis.* und von der Verfertigung der Urkunden Συμβολαιόγραφοι. *Nov. LXXIII. cap.* 5.

SUI-

ten waren verfaßt worden. Urkunden, welche weder vor einem Magistrate, der das Recht der öffentlichen Beglaubigung hatte, waren errichtet, noch von einem öffentlichen Tabular waren ausgefertiget und unterschrieben worden, hießen Privaturkunden, oder ἰδιόχειρα, wenn sie auch von Notarien geschrieben, oder von Zeugen unterschrieben waren. Sie mußten nur, wenn sie Beweiskraft haben sollten, von den Contrahenten unterschrieben, und wenn sie das Daseyn und Alter einer Conventionalhypothek gegen andere Pfandgläubiger beweisen sollten, durch die Unterschrift von wenigstens drey unbescholtenen männlichen Zeugen unterstützt seyn. Denn solche Privaturkunden

SUIDAS Tom. II. pag. 422 voc. Ταβελλίων sagt: *Tabellio*, qui civitatis contractus scribit, vulgo Νομικός dictus; vel qui omnes civium tabulas conficit, unumquamque earum manu sua obsignans. Man vergl damit *L.* 17. *C. de fide instrum. L.* 1 *Cod. Ut nemo ad suum patrocin. L.* 14. §. 3. *C de Sacros. Eccles. L.* 2. *Cod. de Eunuch.* BRISSONIUS voc. *Tabellio. Guid.* PANCIROLUS Thes. variar Lection. Lib. I. cap. 26. Wegen der Menge von Urkunden, welche die Tabelliones auszufertigen hatten, konnten sie auch Gehülfen annehmen; die mußten aber von dem Magister census geprüft und bestätiget seyn. *Nov. XLIV. Cap.* 1. *C.* CUJACIUS in Exposit. ad Eandem. Nach der *Nov. LXXIII Cap.* 5. sollen Urkunden, die von Notarien ausgefertigt werden, auch von Zeugen unterschrieben seyn, und nach Cap. 7 soll die Aechtheit der Urkunde durch Recognition der Unterschriften, und wenn die Zeugen unterdessen gestorben wären, wenigstens durch Recognition des Tabellio, und wenn auch dieser nicht mehr am Leben seyn sollte, durch eine Vergleichung der Hände ausser Zweifel gesetzt werden. Man sehe PANCIROLLUS notitia dignitatum utriusque Imperii. Cap. 14.

den sollen nach der Verordnung des Kaisers Leo in Rücksicht des Pfandrechts, mit den öffentlichen Urkunden gleiche Wirkung haben. Von einem Unterschiede zwischen öffentlichen und Privathypotheken selbst sagt nun zwar das Gesetz kein Wort, demnach leitet die Doctrin diese Eintheilung daraus her, und nennt ein öffentliches Pfandrecht dasjenige, dessen Bestellung aus einer öffentlichen Urkunde, oder einer solchen Privaturkunde, die durch die Unterschrift von drey unadelhaften männlichen Zeugen unterstützt, einer öffentlichen gleichgeachtet ist, (pignus quasi publicum) erwiesen werden kann; ein Privatpfandrecht hingegen dasjenige, über dessen Bestellung blos eine simple Privaturkunde vorhanden ist. Allein daß Kaiser Leo den öffentlichen Hypotheken schlechterdings den Vorzug vor den Privathypotheken habe ertheilen wollen, ist offenbar in seiner Verordnung nicht gegründet. Denn man vergesse nie, daß sie einzig und allein die Beweiskraft der Urkunden betrifft, und weiter nichts, als die Entscheidung enthält, daß Hypotheken, deren Bestellung und Alter aus einem öffentlichen, oder diesem gleichgeachteten Document, dargethan werden kann, denen vorgezogen werden sollen, über deren Bestellung nur eine simple Privaturkunde beygebracht worden ist. So wenig also durch diese Verordnung der alte Grundsatz hat aufgehoben werden sollen, daß Hypotheken auch ohne Scriptur durch bloßen Vertrag bestellt werden können[93]); eben so wenig läßt sich behaupten, daß Kaiser

93) *L. 4. D. h. t.* Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res eius propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae.

ser Leo eine solche Hypothek, welche nicht aus einem Document, sondern auf andere Art, z. B. durch Zeugen, vollständig bewiesen werden kann, derjenigen habe nachgesetzt wissen wollen, welche der Gläubiger aus einer öffentlichen, oder derselben gleichgeachteten Urkunde verfolgt. Und da das Gesetz nur das Verhältniß zwischen conventionellen Pfandgläubigern bestimmt, welche sich zum Beweise ihres Pfandrechtes auf Urkunden berufen, so kann von demselben kein Gebrauch gemacht werden, wenn über das Verhältniß öffentlicher Hypotheken zu solchen Pfändern, die nicht durch Vertrag, sondern durch das Gesetz, oder durch den Richter, bestellt worden sind, zu entscheiden ist, indem hier bloß das Zeitalter, vorausgesetzt, daß dasselbe gehörig erwiesen werden könne, den Vorzug des einen Pfandgläubigers vor dem andern bestimmt, mithin gesetzliche, prätorische, und judicielle Pfänder an sich, den öffentlichen, d. h. durch Vertrag in öffentlichen Urkunden bestellten, ohne allen Zweifel gleich zu achten sind [94]), wenn nur die factischen

Nec ad rem pertinet, quibus ea verbis: alicui est et in his obligationibus, quae consensu contrahuntur. Et ideo et *sine scriptura* si convenit, ut hypotheca sit, *et probari poterit*, res obligata erit, de qua conveniunt. *Finit enim de his scripturae, ut quod actum est, per eas facilius probari poterit: et sine his autem valet, quod actum est, si habeat probationem.*

94) Hierin stimmen auch fast alle heutige Rechtsgelehrten mit einander überein. S. Dabelow S. 312. u. 313. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1215. Bolley S. 28. besonders aber §. 119—125. Thibaut System des Pand. Rechts 2. B. §. 659. Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 108. S. 410.

schen Umstände, wodurch jene Hypotheken ihr Daseyn erhalten haben, gehörig erwiesen werden können. Da freylich die Constitution des Kaisers Leo hierüber ausdrücklich nichts bestimmt hat; so ist nicht zu verwundern, daß die Rechtsgelehrten deshalb sehr verschiedener Meinung sind, besonders, wenn es auf das Verhältniß der gesetzlichen Hypotheken zu den öffentlichen ankommt, indem einige[95]) sie allen öffentlichen Pfandgläubigern nachgesetzt, andere[96]) sie unbedingt den öffentlichen gleichgestellt wissen, noch andere[97]) aber dieses nur in dem Falle geschehen lassen wollen, wenn der Anfang der Schuld durch eine öffentliche Urkunde erwiesen werden könne. Wie unrichtig aber diese Ansichten sind, ist schon von andern

T 2

S. 410. RUNDE cit. Commentat. §. 64. und Osterdings S. 252. ff. Man vergleiche auch SCHROEDER Opusc. de hab. et effectib. pignor. praetorii atque iudic. Sect. I cap. 3. §. 155—160. und *Erid. Henr.* BATTUS Diss. de pignorum praerogativa generatim, et speciatim de pignore publico, pignori legali non indistincte anteponendo. *Erfordiae* 1772. §. 15.

95) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XX. Tit. 4. §. 3. PUFENDORF Observat. iur. univ. T. I. Obs. 211. und besonders *Io. Chr. Ios. Franc. Ign.* UNGER Pr. An hypotheca publica tempore posterior simplici hypothecae legali seu tacitae antiquiori praeferenda sit? *Wirceburgi* 1753. §. 4. sqq.

96) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. IV. Spec. CCXXVI. medit 1. Struben rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 19. HELLFELD Diss. de praerogativa hyp. publicae §. 32.

97) BOEHMER Diss. de praerogativa pignorum publicorum Cap. I. §. 13. sq. Westphal Pfandrecht §. 167. Not. 185.

dern [98]) gezeigt worden. Es läßt sich sogar mit Grund behaupten, daß der Vorzug des Beweises, welchen die Verordnung des Kaisers Leo bey den Hypotheken den öffentlichen Urkunden vor den bloßen Privaturkunden einräumt, sich auch selbst auf privilegirte Hypotheken erstrecke, sobald es auf Urkunden Beweis ankommt. Selbst ein privilegirtes Pfandrecht muß daher nach der Absicht der mehrgedachten Verordnung einem einfachen Pfandrechte nachstehen, wenn der Gläubiger nur eine Privaturkunde über seine Hypothek aufzuweisen hat, während derjenige, dem nur ein einfaches Pfandrecht zusteht, eine öffentliche Urkunde für sich hat [99]). Dem testamentarischen Pfandrecht kommt zwar der Vorzug der Publicität gegen die Pfandgläubiger des Erblassers nicht zu statten, weil ein solches Pfandrecht erst mit der Bestätigung des Testaments, d. h. mit dem Tode des Testirers seinen Anfang nimmt, mithin das Pfandrecht der Gläubiger des Erblassers immer älter ist [100]); allein in Absicht auf den Beweis der geschehenen Bestellung überhaupt steht das testamentarische Pfandrecht einem öffentlichen Pfandrecht um so mehr gleich, als ein testamentum, quod iure perfectum est, in den Gesetzen [1]) ausdrücklich ein instrumentum publicum genannt wird.

Daß

98) S. Bolley §. 134. RUNDE cit. Commentat. de historia, indole, ac vi remediorum securitatis §. 64. u. von Gmelin Ordnung der Gläubiger. 6. Kap. §. 108. S. 408. ff.

99) Bolley §. 119. und Gesterding §. 32. S. 253. ff.

100) Bolley §. 121.

1) *L. 2. pr. D. Testam. quemadm. aperiant.*

Daß die Grundsätze des römischen Rechts, als des gemeinen Rechts, auch noch heut zu Tage gelten müssen, so weit nicht durch das deutsche Particularrecht abweichende Normen hierüber festgesetzt worden sind; ist ausser Zweifel [2]). Im Sinne des deutschen Particularrechts versteht man aber gewöhnlich unter einem öffentlichen Pfandrecht nur ein solches, was vor Gericht bestellt, und vom Richter bestätigt worden ist. Ein jedes andere aber, was nicht unter gerichtlicher Auctorität bestellet worden, sey es auch ein gesetzliches, wird dann ein Privatpfandrecht genennt [3]). Man nennt daher jenes schicklicher ein gerichtliches, und dieses ein auffergerichtliches Pfandrecht, und zwar um so mehr, als hier der Vorzug des gerichtlichen Pfandrechts nicht bloß, wie bey den öffentlichen Pfändern des römischen Rechts, auf der Gewißheit der geschehenen Bestellung, sondern auf dem Zweck der Sicherheit des Gläubigers beruhet [4]). Es unterscheidet sich daher auch darin von einem öffentlichen Pfandrecht des römischen Rechts, daß es eine vorgängige Untersuchung, und Zuständigkeit des Richters erfordert, dahingegen nach dem römischen Recht zu einem öffentlichen Pfandrecht weder eine gerichtliche Auctorität, noch auch, wenn es vor Gericht bestellet wird, eine Zuständigkeit des Richters erfordert wird, sondern dasselbe ohne alle vorgängige Untersuchung

2) Bolley §. 13.

3) *Gaibr.* SCHWEDER Disq. iur. de auctoritate publica ad pignoris seu hypothecae publicae constitutionem necessaria. *Tübingae* 1716. §. 2. Bolley §. 15.

4) HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 1242. Gesterding §. 255.

concurriren, welche ihr Pfandrecht aus Urkunden verfolgen. In diesem Falle sollen diejenigen Pfandgläubiger, welche sich auf öffentliche Urkunden begründen, denjenigen vorgezogen werden, deren Hypothek in einer bloßen Privaturkunde constituirt ist. Das Besondere, welches der Kaiser Leo hierbey verordnet hat, besteht blos darin, daß bey Hypotheken, aus einer besondern Begünstigung derselben, solche Privaturkunden, welche von drey unbescholtenen männlichen Zeugen unterschrieben sind, mit öffentlichen Documenten gleiche Wirkung haben sollen; wodurch aber keineswegs eine dritte Gattung von Urkunden, welche die Doctrin documenta quasi publica zu nennen pflegt, sanctionirt worden ist, wie schon Gönner[89]) sehr richtig bemerkt hat. Fragt man nun aber, welche Urkunden öffentliche und welche Privaturkunden heißen, so bestimmt zwar unsere Verordnung hierüber nichts; es versteht sich aber auch schon von selbst, daß es bey diesen Unterschiede blos darauf ankommt, ob ihnen die Gesetze öffentlichen Glauben beylegen, oder nicht, und da hier von der Concurrenz mehrerer Conventional-Pfandgläubiger die Rede ist, so waren öffentliche Urkunden in Beziehung auf dieselben bey den Römern diejenigen, welche mit Einwilligung der Contrahenten entweder von solchen obrigkeitlichen Behörden, die ein ius actorum et fidei publicae hatten,

iur. civ. R. G. T. II. §. 1215. Dabelow Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 313. Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfändern §. 20. S. 28. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts §. 795. u. a. m.

89) Handbuch des gemeinen Prozesses 2. Band. Nr. XLVI. §. 3.

ten [90]), in die Gerichtsacten waren aufgenommen [91]), oder von Tabulariis, welche auch das ius actorum publicorum hatten [92]), auf Verlangen der Contrahenten

90) In Rom und Constantinopel war der Magister census zur Errichtung öffentlicher Urkunden auctorisirt. *L.* 8. *C. Th. de donat.* *L.* 30. *Cod. Iustin. eodem.* *L.* 32. *L.* 41. *C. de Episcop. et Cler.* *L.* 18. *L.* 23. *C. de Testam.* *L. ult. Cod. de iure emphyt.* *Nov. XLIV. cap* 1. §. 4. S. PANCIROLUS Notitia dignitatum utriusque Imperii. Cap. XIV pag. 33. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Magister.* In den Provinzen der Praeses oder Rector provinciae, die Magistratus municipales, welche auch Duumviri genennt werden, und die Defensores civitatum. *L.* 30. *Cod de donat.* *Nov. XV. cap.* 3. S. CUJACIUS Comm. in L. 55. C. de decurion. BRISSONIUS voc *Duumvir.* *Scip.* GENTILIS de Iurisdict. Lib. I. cap. 32.

91) Die Gesetze bezeichnen solche gerichtliche Ausfertigungen, wenn sie sagen, ein Rechtsgeschäft werde intervenientibus gestis, *L.* 32. *Cod. de Episcop.* oder interveniente actorum testificatione errichtet. *L.* 27. *Cod. de donat.* oder *actis* insinuatur. *L.* 31. *Cod. eod.* Solche Urkunden hießen dann *publica monumenta.* *L. ult. C. de re iud.* *L.* 31. *C. de donat.* publica instrumenta. *L.* 20. *C. de fide instrum.*

92) Die Tabularii werden ausdrücklich publicae personae genennt, und die von ihnen ausgefertigten Urkunden, instrumenta publice confecta, τα συμβόλαια τὰ ἐπ' ἀγορᾶς συντελούμενα. *L.* 32. *C. de Episcop. et Cler.* *L* 9. §. 1. *Cod. de Defensorib. civitat.* *L.* 3 *Cod. de Tabulariis. Novell. XLIV. Nov. LXXIII. cap.* 5. *et* 7. Sie heißen auch Tabelliones, ferner Pragmatici, αγορᾶιοι, i. e. qui forensibus negotiis se accommodant. *L.* 9. §. 4. *D. de poenis.* und von der Verfertigung der Urkunden Συμβολαιογραφοι. *Nov. LXXIII. cap.* 5.

SUI-

ten waren verfaßt worden. Urkunden, welche weder vor einem Magistrate, der das Recht der öffentlichen Beglaubigung hatte, waren errichtet, noch von einem öffentlichen Tabular waren ausgefertiget und unterschrieben worden, hießen Privaturkunden, oder ἰδιόχειρα, wenn sie auch von Notarien geschrieben, oder von Zeugen unterschrieben waren. Sie mußten nur, wenn sie Beweiskraft haben sollten, von den Contrahenten unterschrieben, und wenn sie das Daseyn und Alter einer Conventionalhypothek gegen andere Pfandgläubiger beweisen sollten, durch die Unterschrift von wenigstens drey unbescholtenen männlichen Zeugen unterstützt seyn. Denn solche Privaturkunden

den

SUIDAS Tom. II. pag. 422 voc. Ταβελλίων sagt: *Tabellio*, qui civitatis contractus scribit, vulgo Νομικός dictus; vel qui omnes civium tabulas conficit, unumquamque earum manu sua obsignans. Man vergl damit *L.* 17. *C. de fide instrum. L.* 1 *Cod. Ut nemo ad suum patrocin. L.* 14. §. 3. *C de Sacros. Eccles. L.* 2. *Cod. de Eunuch.* BRISSONIUS voc. *Tabellio. Guid.* PANCIROLUS Thes. variar Lection. Lib. I. cap. 26. Wegen der Menge von Urkunden, welche die Tabelliones auszufertigen hatten, konnten sie auch Gehülfen annehmen; die mußten aber von dem Magister census geprüft und bestätiget seyn. *Nov. XLIV. Cap.* 1. C. CUJACIUS in Exposit. ad Eandem. Nach der *Nov. LXXIII Cap.* 5. sollen Urkunden, die von Notarien ausgefertigt werden, auch von Zeugen unterschrieben seyn, und nach Cap. 7 soll die Aechtheit der Urkunde durch Recognition der Unterschriften, und wenn die Zeugen unterdessen gestorben wären, wenigstens durch Recognition des Tabellio, und wenn auch dieser nicht mehr am Leben seyn sollte, durch eine Vergleichung der Hände ausser Zweifel gesetzt werden. Man sehe PANCIROLLUS notitia dignitatum utriusque Imperii. Cap. 14.

den sollen nach der Verordnung des Kaisers Leo in Rücksicht des Pfandrechts mit den öffentlichen Urkunden gleiche Wirkung haben. Von einem Unterschiede zwischen öffentlichen und Privathypotheken selbst sagt nun zwar das Gesetz kein Wort, demnach leitet die Doctrin diese Eintheilung daraus her, und nennt ein öffentliches Pfandrecht dasjenige, dessen Bestellung aus einer öffentlichen Urkunde, oder einer solchen Privaturkunde, die durch die Unterschrift von drey untadelhaften männlichen Zeugen unterstützt, einer öffentlichen gleichzuachten ist, (pignus quasi publicum) erwiesen werden kann; ein Privatpfandrecht hingegen dasjenige, über dessen Bestellung blos eine simple Privaturkunde vorhanden ist. Allein daß Kaiser Leo den öffentlichen Hypotheken schlechterdings den Vorzug vor den Privathypotheken habe ertheilen wollen, ist offenbar in seiner Verordnung nicht gegründet. Denn man vergesse nie, daß sie einzig und allein die Beweiskraft der Urkunden betreffe, und weiter nichts, als die Entscheidung enthält, daß Hypotheken, deren Bestellung und Alter aus einem öffentlichen, oder diesem gleichgeachteten Document, dargethan werden kann, denen vorgezogen werden sollen, über deren Bestellung nur eine simple Privaturkunde beygebracht worden ist. So wenig also durch diese Verordnung der alte Grundsatz hat aufgehoben werden sollen, daß Hypotheken auch ohne Scriptur durch bloßen Vertrag bestellt werden können[93]; eben so wenig läßt sich behaupten, daß Kaiser

93) *L. 4. D. h. t.* Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res eius propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae.

ser Leo eine solche Hypothek, welche nicht aus einem Documente, sondern auf andere Art, z. B. durch Zeugen, vollständig bewiesen werden kann, derjenigen habe nachgesetzt wissen wollen, welche der Gläubiger aus einer öffentlichen, oder derselben gleichgeachteten Urkunde verfolge. Und da das Gesetz nur das Verhältniß zwischen conventionellen Pfandgläubigern bestimmt, welche sich zum Beweise ihres Pfandrechts auf Urkunden berufen, so kann von demselben kein Gebrauch gemacht werden, wenn über das Verhältniß öffentlicher Hypotheken zu solchen Pfändern, die nicht durch Vertrag, sondern durch das Gesetz, oder durch den Richter, bestellt worden sind, zu entscheiden ist, indem hier bloß das Zeitalter, vorausgesetzt, daß dasselbe gehörig erwiesen werden könne, den Vorzug des einen Pfandgläubigers vor dem andern bestimmt, mithin gesetzliche, prätorische, und judicielle Pfänder an sich, den öffentlichen, d. h. durch Vertrag in öffentlichen Urkunden bestellten, ohne allen Zweifel gleich zu achten sind [94]), wenn nur die factischen

Nec ad rem pertinet, quibus sit verbis: sicuti est et in his obligationibus, quae consensu contrahuntur. Et ideo et *sine scriptura* si convenit, ut hypotheca sit, *et probari poterit*, res obligata erit, de qua conveniunt. *Fiunt enim ut his scripturae, ut quod actum est, per eas facilius probari poterit: et sine his autem valet, quod actum est, si habeat probationem.*

94) Hierin stimmen auch fast alle heutige Rechtsgelehrten mit einander überein. S. Dabelow S. 312. u. 313. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1215. Bolley S. 28. besonders aber §. 119—125. Thibaut System des Pand. Rechts 2. B. §. 659. Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 108. S. 410.

schen Umstände, wodurch jene Hypotheken ihr Daseyn erhalten haben, gehörig erwiesen werden können. Da freylich die Constitution des Kaisers Leo hierüber ausdrücklich nichts bestimmt hat; so ist nicht zu verwundern, daß die Rechtsgelehrten deshalb sehr verschiedener Meinung sind, besonders wenn es auf das Verhältniß der gesetzlichen Hypotheken zu den öffentlichen ankommt, indem einige[95]) sie allen öffentlichen Pfandgläubigern nachgesetzt, andere[96]) sie unbedingt den öffentlichen gleichgestellt wissen, noch andere[97]) aber dieses nur in dem Falle geschehen lassen wollen, wenn der Anfang der Schuld durch eine öffentliche Urkunde erwiesen werden könne. Wie unrichtig aber diese Ansichten sind, ist schon von andern

T 2

S. 410. RUNDE cit. Commentat. §. 64. und Sterding S. 252. ff. Man vergleiche auch SCHRÖDER Opusc. de hab. et effectib. pignor. praetorii atque iudic. Sect I cap. 3. §. 155—160. und *Frid. Henr.* BATTUS Diss. de pignorum praerogativa generatim, et speciatim de pignore publico, pignori legali non indistincte anteponendo. *Erfordiae* 1772. §. 15.

95) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XX. Tit. 4. §. 3. PUFENDORF Observat. iur. univ. T. I. Obs. 211. und besonders *Io. Chr. Ios. Franc. Ign.* UNGER Pr. An hypotheca publica tempore posterior simplici hypothecae legali seu tacitae antiquiori praeferenda sit? *Wirceburgi* 1753. §. 4. sqq.

96) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. IV. Spec. CCXXVI. medit 1. Struben rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 19. HELLFELD Diss. de praerogativa hyp. publicae §. 32.

97) BOEHMER Diss. de praerogativa pignorum publicorum Cap. I. §. 13. sq. Westphal Pfandrecht §. 167. Not. 185.

dern [98]) gezeigt worden. Es läßt sich sogar mit Grund behaupten, daß der Vorzug des Beweises, welchen die Verordnung des Kaisers Leo bey den Hypotheken den öffentlichen Urkunden vor den bloßen Privaturkunden einräumt, sich auch selbst auf privilegirte Hypotheken erstrecke, sobald es auf Urkunden Beweis ankommt. Selbst ein privilegirtes Pfandrecht muß daher nach der Absicht der mehrgedachten Verordnung einem einfachen Pfandrechte nachstehen, wenn der Gläubiger nur eine Privaturkunde über seine Hypothek aufzuweisen hat, während derjenige, dem nur ein einfaches Pfandrecht zusteht, eine öffentliche Urkunde für sich hat [99]). Dem testamentarischen Pfandrecht kommt zwar der Vorzug der Publicität gegen die Pfandgläubiger des Erblassers nicht zu statten, weil ein solches Pfandrecht erst mit der Bestätigung des Testaments, d. h. mit dem Tode des Testirers seinen Anfang nimmt, mithin das Pfandrecht der Gläubiger des Erblassers immer älter ist [100]); allein in Absicht auf den Beweis der geschehenen Bestellung überhaupt steht das testamentarische Pfandrecht einem öffentlichen Pfandrecht um so mehr gleich, als ein testamentum, quod iure perfectum est, in den Gesetzen [1]) ausdrücklich ein instrumentum publicum genannt wird.

Daß

98) S. Bolley §. 134. RUNDE cit. Commentat. de historia, indole, ac vi remediorum securitatis §. 64. u. von Gmelin Ordnung der Gläubiger. 6. Kap. §. 108. S. 408. ff.

99) Bolley §. 119. und Gesterding §. 32. S. 253. ff.

100) Bolley §. 121.

1) *L. 2. pr. D. Testam. quemadm. aperiant.*

Daß die Grundsätze des römischen Rechts, als des gemeinen Rechts, auch noch heut zu Tage gelten müssen, so weit nicht durch das deutsche Particularrecht abweichende Normen hierüber festgesetzt worden sind; ist ausser Zweifel [2]). Im Sinne des deutschen Particularrechts versteht man aber gewöhnlich unter einem öffentlichen Pfandrecht nur ein solches, was vor Gericht bestellt, und vom Richter bestätigt worden ist. Ein jedes andere aber, was nicht unter gerichtlicher Auctorität bestellet worden, sey es auch ein gesetzliches, wird dann ein Privatpfandrecht genennt [3]). Man nennt daher jenes schicklicher ein gerichtliches, und dieses ein ausfergerichtliches Pfandrecht, und zwar um so mehr, als hier der Vorzug des gerichtlichen Pfandrechts nicht bloß, wie bey den öffentlichen Pfändern des römischen Rechts, auf der Gewißheit der geschehenen Bestellung, sondern auf dem Zweck der Sicherheit des Gläubigers beruhet [4]). Es unterscheidet sich daher auch darin von einem öffentlichen Pfandrecht des römischen Rechts, daß es eine vorgängige Untersuchung, und Zuständigkeit des Richters erfordert, dahingegen nach dem römischen Recht zu einem öffentlichen Pfandrecht weder eine gerichtliche Auctorität, noch auch, wenn es vor Gericht bestellet wird, eine Zuständigkeit des Richters erfordert wird, sondern dasselbe ohne alle vorgängige Untersuchung

2) Bolley §. 13.

3) *Gabr.* SCHWEDER Disq. iur. de auctoritate publica ad pignoris seu hypothecae publicae constitutionem necessaria. *Tübingae* 1716. §. 2. Bolley §. 15.

4) HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 1242. Seßerding §. 255.

ſuchung vor jedem Richter beſtellt werden kann, welcher zur Ausfertigung öffentlicher Urkunden über Rechtsgeſchäfte der Privatperſonen berechtiget iſt. Die bloße Erklärung des Schuldners vor Gericht, daß er dem Gläubiger eine Hypothek geben wolle, oder auch gegeben habe, iſt demnach zur Beſtellung einer gerichtlichen Hypothek im heutigen Sinne nicht hinreichend, ſondern es wird dazu ſchlechterdings erfordert, daß nicht nur die Beſtellung der Hypothek vor Gericht geſchehe, ſondern auch die Einwilligung und Beſtätigung des Gerichts, mittelſt eines Decrets, erfolgt ſey [5]). Es muß überdem derſelben eine Unterſuchung vorausgehen, welche theils darauf zu richten iſt, ob der Schuldner überhaupt zur Verpfändung ſeiner Güter fähig und befugt ſey, theils darauf, ob auch die zu verpfändenden Güter nach ihrem Werthe, welcher dann gehörig auszumitteln iſt, zur Sicherſtellung des Gläubigers hinreichend ſeyen [6]). Ja da der Pfandvertrag nur ein acceſſoriſcher Vertrag iſt, ſo muß natürlich die Unterſuchung ſich auch zugleich auf die Beſchaffenheit des der Verpfändung zum Grunde liegenden Hauptvertrags erſtrecken, weil ſonſt das Pfandrecht ganz und von ſelbſt

5) S. SCHWEDER cit. Diss. §. 2. a WERNHER Select. Observat. for. Dec. III. P. II. Obs. 436. a PUFENDORF Observ. iur. univ. Tom. III. Obs. 206. §. 1. Bolley §. 81. HOFACKER Tom. II. §. 1242.

6) Gmelin Ordnung der Gläubiger. §. 109. Ehapruth theor. pr. Rechtswiſſenſchaft von freywilligen Gerichtshandlungen §. 27. u. 28. von Trützſchler Anweiſung zur vorſichtigen und förmlichen Abfaſſung rechtl. Aufſätze, inſonderheit über Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit. 1. Theil 3. Hptabth. 5. Hptſt. §. 53. ff.

selbst hinwegfällt [7]). Eben dieser Untersuchung wegen ist es daher auch nothwendig, daß das deutsche öffentliche oder gerichtliche Pfandrecht vor dem competenten Gericht bestellt werde, für welches aber dasjenige gehalten wird, dem die zu verpfändenden Güter unmittelbar unterworfen sind [8]). Ueberdem erfordert es die Wichtigkeit der Sache, daß die Bestätigung der Hypothek in der Versammlung der Gerichtsmitglieder geschehe, welche die gehörige Besetzung des Gerichts ausmachen [9]). Ist die Bestätigung blos von einem einzelnen Mitgliede der Obrigkeit geschehen, ohne von den übrigen den Auftrag dazu erhalten zu haben, so ist dieselbe für gültig nicht zu halten [10]). Hat das Particularrecht den Richter angewiesen, nicht über einen gewissen Theil des Werths der Grundstücke die Bestätigung zu ertheilen, so ist zwar, wenn dieser überschritten worden, die Hypothek an sich nicht un-

7) SCHWEDER cit. Diss. §. 21. Bollen §. 81. v. Trützschler a. a. O. § 54.

8) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. IV. Spec. CCXXX. med. 4. v. Trützschler a. a. O. §. 32. Gmelin von Aufsätzen über Verträge überhaupt, von Schuld- und Pfandverschreibungen insbesondere §. 58. KIND Quaest. forens. T. I. Cap. 63. von Bülow und Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 2. B. Erört. XLIII.

9) Claproth a. a. O. §. 26. a. E. S. 45. SCHWEDER cit. Diss. §. 19. Daß die Bestätigung auch immer im Orte des Gerichts geschehen müsse, ist, sofern das Particularrecht nicht ein Anderes verordnet, nicht wesentlich nothwendig. S. Bolley §. 82. Nr. III. S. 171.

10) Joh. Lud. Böhmers auserlesene Rechtsfälle. 2. Bandes 1. Abth. Nr. 190. S. 228. und a PUFENDORF Observationes univ. Tom. III. Obs. 206. §. 4.

ungültig, allein büßt nachher der Gläubiger dabey ein, so haftet der Richter für den Schaden [11]); es wäre denn, daß der Gläubiger, ohnerachtet ihm die Lage der Sache bekannt gemacht worden, dennoch die Bestätigung der Hypothek ausdrücklich auf seine Gefahr verlangt hätte [12]). Ueber die Frage, ob und wie weit der Richter aus seiner Consensertheilung für den Schaden zu stehen verbunden sey, theilen sie zwar die Meinungen der Rechtsgelehrten, indem einige [13]) den Richter um deßhalb von aller Verbindlichkeit freysprechen wollen, weil seine Auctorität nur dazu diene, der Hypothek Gültigkeit und Publicität zu verschaffen, nicht aber um ihm selbst dadurch eine Verbindlichkeit aufzulegen; andere [14]) aber das Gegentheil aus dem Grunde behaupten, weil bey der Bestellung einer gerichtlichen Hypothek dem Richter die Pflicht obliegt, die Sicherheit des Gläubigers zu prüfen, mit-

11) G. Westphals Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerlichen Rechts 1. Th h. t. §. 4. S. 104.

12) H. von Trützschler a. a. O. §. 61.

13) Struben rechtliche Bedenken. 5. Th. Bed. 5. MEVIUS T. II. P. VII. Decis. 242. SCHWEDER Disquis. cit. §. 21. *Iac. Gottl.* SIEBER Diss. an ex confirmatione hypothecae iudex ad id, quod interest, teneatur. *Goettingae* 1751. §. 9.

14) *Io. Ulr.* de CRAMER Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 822. *Io. Frid.* MOSER Comm. de pecunia mutuatitia auto collocanda. Cap. VIII. §. 121—124. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. XI. Spec. DCLXXX. medit. 21. *Ad. Rud.* ZINK Diss. de obligatione magistratus ex consensu in hypothecae constitutionem. *Altorfii* 1800. u. Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfändern §. 129. ff.

mithin der Gläubiger, wenn er auf öffentliche Verpfändung creditirt, nicht sowohl durch den Credit des Schuldners, als durch den des Gerichts hierzu bestimmt werde. Da nun jede Obrigkeit wegen der Nachlässigkeit, welche ihr bey ihren amtlichen Verrichtungen zur Last fällt, verantwortlich ist; so folge hieraus von selbst, daß sie auch den durch ungegründete Versicherungen und unrichtige Verpfändungen den Gläubigern verursachten Schaden zu ersetzen schuldig sey. Allein es ist hierbey vor allen Dingen auf die Absicht der Interessenten Rücksicht zu nehmen, zu welchem Zweck sie sich nämlich an den Richter gewendet haben. Denn hat der Gläubiger die Gültigkeit des Anlehns und die Sufficienz des verpfändeten Objects ganz zu seiner eigenen Sache gemacht, und die Contrahenten haben von dem Richter weiter nichts verlangt, als daß er das unter ihnen schon auffergerichtlich vollendete Geschäft gerichtlich aufnehme und niederschreibe, weil z. B. die Hypothek nach den besondern Gesetzen des Landes anders nicht gilt; so ist der Richter für nichts, als die Legalität der gerichtlichen Aufnahme, zu haften verbunden. Eine weitere Cognition war hier nicht nöthig, weil die Interessenten sie durchaus nicht verlangten. Ein Anders hingegen ist es, wenn die Contrahenten, wie immer im Zweifel vermuthet werden muß, sich in der Absicht an den Richter wandten, damit der Gläubiger durch ihn über das ganze Geschäft volle Sicherheit erhalte. Hier muß der Richter beydes, die Gültigkeit des Schuldvertrags und die Sicherheit der Hypothek, seiner Prüfung unterwerfen. Der Richter ist daher verantwortlich, 1) wenn er eine ältere Hypothek nicht in sein Buch eintrug, und dadurch veranlaßt wurde, das zu verpfändende Grundstück für schuldenfrey zu halten,

ten, oder eine zweyte Hypothek für die erste auszugeben. 2) Wenn er in die Bestellung einer Hypothek auf eine Sache consentirte, welche von der freyen Disposition des Schuldners nicht abhing. 3) Wenn er über den wahren Werth der Güter, oder über den ihm durch das Particularrecht vorgeschriebenen Theil des wahren Werths eingewilligte, oder die zu verpfändenden Güter von Sachverständigen gar nicht schätzen ließ. Und 4) wenn er dem Gläubiger nicht anzeigte, wie weit dieselben mit ältern gerichtlichen Hypotheken, oder einer andern mit Vorzugsrecht begabten Forderung, so weit es der Richter aus seinen Acten wissen konnte, behaftet seyen. So unläugbar die Gültigkeit und Sicherheit der Hypothek auch die Richtigkeit und Gültigkeit des Hauptgeschäfts, welches dadurch versichert werden soll, voraussetzt, und daher die richterliche Untersuchung auf beydes sich erstrecken muß; so wird doch auch eine Ausnahme in dem Falle Statt haben, wenn der Gläubiger die Schuld, als solche, blos zu seiner Sache machte, und darüber keine Cognition verlangte, sondern die Sache bloß zu dem Ende an den Richter brachte, damit er dasjenige, was die Hypothek allein angeht, untersuche. Hier darf der Richter nur für dasjenige haften, was auf die Hypothek sich bezieht, der Rechtsbestand der Schuld selbst liegt dann ganz ausser dem Kreise seiner Verbindlichkeit. Da nun also die Absicht der Contrahenten, in welcher sie sich an den Richter wenden, wenn von der Bestellung einer gerichtlichen Hypothek die Rede ist, einen so bedeutenden Einfluß auf die Bestimmung des Umfangs der richterlichen Verantwortlichkeit hat; so ergiebt sich hieraus, wie sehr jedem Richter hier, zu seiner eigenen Deckung, die nöthige

thige Vorsicht zu empfehlen [15]), und anzurathen sey, die Absicht der Contrahenten genau auszudrücken, ob sie nämlich blos zur gerichtlichen Niederschreibung des schon unter ihnen selbst vollendeten Geschäfts, oder zur Sicherheit der Pfandverschreibung allein, oder über das ganze Geschäft, mit Einschluß der Forderung selbst, die richterliche Bewirkung begehrt haben, und dann wegen dessen, worüber die Partheyen vom Richter ausdrücklich keine Cognition verlangten, die Hypothek nur auf Gefahr des Gläubigers zu bestätigen [16]). Gewöhnlich sind jedoch die

15) Der Gläubiger denke indessen ja nicht, daß er nun aller eigenen Vigilanz seiner Seits überhoben sey, wenn er seine Sache in die Hände des Richters gelegt hat. Er bedenke, daß er auf reale Sicherheit creditirt, und die Regreßklage ihm nur die Aussicht auf eine personliche öffne, die noch überdieß erst im Wege eines mißlichen Prozeßes erstritten werden muß, wie ein sehr erfahrner und scharfsinniger Practiker, Herr Landrichter Puchta in seiner Jedem zu empfehlenden Anleitung zum vorsichtigen Creditiren auf unbewegliche Güter. Erlangen 1815. §. 3. sehr richtig und treffend bemerkt hat. Selbst die Gesetze dispensiren daher die Partheyen nicht von der Controle der Gerichte, besonders in Fällen, wo es bloß die Rüge eines, auch ohne Rechtskenntniß zu entdeckenden, Verstoßes gilt; sie machen hier sogar die Partheyen, als unter ihrer eigenen Schuld leidend, des Regreßes an den Richter verlustig. S. Allgem. Preußisches Landrecht Th. 1. Tit. 20. §. 451. f.

16) Man vergleiche hier vorzüglich von Gönner Grundsätze über die Verbindlichkeit des Richters oder Lehenherrn zum Ersatze des Schadens, welcher aus einer von demselben bestellten Hypothek oder ertheiltem Lehenconsense entstanden ist; in Desselben auserlesenen Rechtsfällen und Ausarbeitungen. 2. Bd.

Land-

die Verordnungen des deutschen Particularrechts nur auf die Verpfändung unbeweglicher Güter beschränkt. Ist daher von Bestellung einer öffentlichen Hypothek auf bewegliche Güther die Rede, so gilt in der Regel das römische Recht, auch selbst dann, wenn solche Güter auch sonst den unbeweglichen gleich geachtet werden [17]).

Es kann auch ein Privatpfandrecht in ein öffentliches verwandelt werden; doch darf dieses nie ohne Einwilligung des Schuldners geschehen. Zwar hat es keinen Zweifel, daß der Schuldner allein um die gerichtliche Bestätigung der Hypothek mit dem Erfolge bitten könne, daß der Gläubiger dadurch ein öffentliches Pfandrecht im heutigen Sinn erhält, wenn auch letzter nicht selbst mit vor Gericht erschien. Denn geschahe es nach vorhergegangener Verabredung mit dem Gläubiger, so handelte der Schuldner zugleich als Bevollmächtigter desselben vor Gericht; hatte er aber keinen Auftrag von dem Gläubiger, so hat letzterer wenigstens nachher die Handlung dadurch genehmiget, daß er die gerichtliche Pfandverschreibung annahm [18]). Allein erfolgte die Bestätigung blos auf den einseitigen An-

Landshut 1803. Nr. XXVI. Einen merkwürdigen Fall hierüber enthalte Geiger's und Glück's merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 2. Bd. Erlangen 1794. Nr. XXII. S. 78. ff.

17) Claproth Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen §. 25. a. E. Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfändern. § 82. S. 169. und §. 105. S. 229. f.

18) PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 176. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. for. Vol. IV. Obs. 535.

Antrag des Gläubigers, so ist sie nichtig und ohne Wirkung [19]).

Das Verhältniß der öffentlichen Hypotheken im Sinn des römischen und heutigen deutschen Particularrechts zu einander besteht nun also darin, daß zwar jedes öffentliche Pfandrecht im Sinne des deutschen Particularrechts auch zugleich ein öffentliches Pfandrecht im Sinne des römischen Rechts ist, aber nicht umgekehrt. Daher sind alle Hypotheken, die nicht gerichtlich bestellt und bestätiget worden sind, im Sinn des deutschen Rechts bloße Privathypotheken, also auch diejenigen, deren Bestellung aus einem Notariats-Instrumente, oder aus einem instrumento quasi publico constirt [20]). Es hat dieses besonders alsdann um so weniger einigen Zweifel, wenn die particulären Gesetze alle nicht gerichtlich bestellten Hypotheken an unbeweglichen Gütern für nichtig erklären [21]). Nur bey beweglichen Gütern behauptet die hypotheca publica und quasi publica im Sinne des römischen Rechts

19) LEYSER Medit. ad Pand. Vol IV. Specim. CCXXIX. medit. 2. WERNHER Select. Observat. for. Tom. II. P. IX. Obs. 70. Claproth a. a. O. §. 27. Gmelin von Aufsätzen über Verträge §. 57. S. 118. und von Bülow und Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 2. Band Erört. XLIII.

20) HOFACKER Princip. iur civ. Rom. Germ. T. II. §. 1242. et §. 1243. und Dabelow Lehre vom Concurse der Gläubiger. S. 626.

21) S. ERXLEBEN Principia de iure pignor. et hypothecar. §. 58. Beyspiele solcher Particularrechte führt Joh. Christ. Conr. Schröder in den vermischten juristischen Abhandlungen 1. Band S. 448. ff. an.

Rechts noch ihr Ansehen und Würkung[22]). Es wird dann aber auch, wenn die Notariatsurkunde einer Pfandverschreibung die Eigenschaft eines römischen öffentlichen Pfandes verschaffen soll, zu deren Errichtung alles das erfordert, was der Kölner Reichsabschied vom J. 1512. als wesentliche Bedingung voraussetzt, um solchen Instrumenten die Beweiskraft öffentlicher Urkunden beyzulegen[23]); so wie denn auch, wenn die von drey glaubwürdigen männlichen Zeugen unterzeichnete Pfandverschreibung einer öffentlichen im Sinne des römischen Rechts gleichgeachtet werden soll, dazu erfordert wird, daß den Zeugen der Inhalt der Urkunde bekannt gemacht worden[24]), und auch die Aechtheit ihrer Unterschrift ausser Zweifel sey; sie werde nun entweder durch die Recognition der Zeugen selbst, oder auf andere Art, z. B. durch Vergleichung der Hände, dargethan[25]). Daß die Zeugen noch ausserdem vereidiget werden müßten, ist jedoch nicht erforderlich[26]). Eine vor zwey Notarien ohne alle Zeu-

22) Claproth a. a. O. §. 32.

23) Bolley a. a. O. §. 76. S. 161. f.

24) PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 198. und *Ejusd.* Animadversion. iuris. Nr. 98. Man erfordert daher auch, daß die Zeugen zu dieser Handlung erbeten seyn müssen. STRYK Cautel. contract. Sect. II. Cap. 4. §. 2. und *Ern. Io. Frid.* MANTZEL Diss. de duobus vel tribus viris honestis in hypothecis, intimationibus etc. adhibendis. *Rostockii* 1742. Sect. II. §. 2.

25) ERXLEBEN c. l. §. 59. BOEHMER Diss. de praerogativa hypothecar. publicar. Cap. I. §. 8. Bolley a. a. O. §. 77.

26) ERXLEBEN c. l. §. 60.

Zeugen bestellte, und durch ihre Unterschrift beglaubigte Hypothek ist hingegen, sofern es auf Urkunden-Beweis ankommt, weder für eine hypotheca publica noch quasi publica zu halten [27]).

§. 1082.

Stillschweigendes Conventional-Pfandrecht.

Es ist schon oben (§. 1077.) bemerkt worden, daß das Conventionalpfandrecht nicht nur ein ausdrückliches, sondern auch ein stillschweigendes seyn könne. Unter dem letztern wird ein solches Pfandrecht verstanden, welches dem Gläubiger zwar nicht namentlich ertheilet worden, aber doch in einer klar am Tage liegenden Intention des Schuldners gegründet ist [28]). Daß ein solches Pfandrecht eben so wirksam und gültig sey, als ein ausdrückliches, hat keinen Zweifel [29]). Denn die Gesetze wollen, daß bey freywilligen Verpfändungen mehr auf die wahre Absicht und Willensmeinung der Contrahenten, als

27) Günth. Heinr. von Berg jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle 1. Th. (Hannover 1802.) Nr. XVII.

28) *Io. Nic.* HERTII Diss. de pignore conventionali tacito (in EIUS Commentat. et Opuscul. Vol. II. Tom. III. pag. 177. sqq.) Adolph Diet. Webers Beyträge zu der Lehre vom stillschweigenden Conventional-Pfandrecht. In Desselben Versuchen über das Civilrecht. Schwerin u. Wismar 1801. Nr. II. S. 79. ff. Ferd. Aug. Meißners vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte. 1. Th. §. 5. ff.

29) S. HERT cit. Diss. §. 27. ERXLEBEN Princip. de iure pignor. et hypoth. §. 49. Meißner a. a. O. §. 6.

als auf den Ausdruck der Worte gesehen werden solle[30]). Sie wie nun eine stillschweigende Einwilligung überhaupt sowohl durch Worte als Handlungen erklärt werden kann[31]); eben so kann auch auf diese Art die Bestellung eines Conventional-Pfandrechts stillschweigend geschehen, wenn nur die Worte oder Handlungen von der Art sind, daß sich daraus mit Sicherheit auf ein zu ertheilendes Pfandrecht schließen läßt[32]). Ein stillschweigendes Pfandrecht kann also a) durch Worte ertheilt werden, welche die Absicht, ein Pfandrecht zu bestellen, zwar nicht ausdrücklich, aber implicite zu erkennen geben, wie z. B. in folgenden Fällen. 1) Wenn der Schuldner gewisse Sachen benennt, an welche sich der Gläubiger beym Ausbleiben der Zahlung soll halten, oder daraus bezahlt machen dürfen[33]). 2) Wenn der Schuldner auf diesen Fall dem Gläubiger die Befugniß ertheilt, zu seiner Befriedigung gewisse Güter zum Verkauf zu bringen[34]). 3) Wenn

30) *L.* 9. *Cod. Quae res pignori.*

31) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 290.

32) Scilicet non quaelibet verba sufficiunt, sagt LEYSER Meditat ad Pand. Vol. IV. Spec. CCXXIII. medit. 3. simplicem obligationem indicantia, quippe quae magis ad obligationem personae, quam rem referri oportet, verum talia requiruntur, ex quibus apparet, consensisse debitorem, ut res suae creditorem securiorem facerent.

33) MEVIUS Tom. II. P. VII. Decis. 49. HERT cit. Diss. §. 9. Weber a. a. O. §. 11. S. 103. Hierher gehören auch die Worte der *L.* 9. *Cod. Quae res pignori;* per earum sc. rerum exactionem satisfieri tibi promitto. S. Meißner §. 10.

34) *L.* 3. §. 2. *D. Qui potior. in pign.* Hat der Schuldner blos gewisse Sachen angegeben, aus welchen die Zahlung geleistet

3) Wenn er dem Gläubiger seiner Forderung wegen zur Sicherheit den Besitz einer Sache auf den Fall verspricht, wenn die Bezahlung nicht erfolgen würde [35]). 4) Wenn ein Pächter sich gegen den Verpächter anheischig macht, gewisse Sachen in das Pachtgut einzubringen, und sich hierbey keine andere Absicht denken läßt, als die, daß sie dem Verpächter zur Sicherheit wegen seiner Pachtforderungen haften sollen [36]). Eine stillschweigende Ein-

leistet werden soll, so läßt sich daraus noch nicht gleich eine Verpfändung schließen, weil es auch nur die Absicht des Schuldners seyn kann, dem Gläubiger die Mittel zur schnellern und leichtern Beytreibung seiner Forderung an die Hand zu geben, oder ihn auf einen Gegenstand zur Hülfsvollstreckung aufmerksam zu machen, wenn keine Bezahlung erfolgen sollte. S. Meißner §. 10. S. 13. f.

35) ERXLEBEN c. l. §. 47. Meißner §. 11. S. 15. ff. und von Bülow und Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 2. Band Erört. XLIV. S. 316. f.

36) BALDUINUS de pignorib. et hypoth. Cap. 6. Weber angef. Beyträge §. 12. in Desselben Versuchen über das Civilrecht. S. 106. f. und GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. T. II. §. 670. Von diesem Falle will man zwar auch die *L. 5. Cod. de locato cond.* verstehen. Allein der ganze Zusammenhang dieses Gesetzes lehrt, daß hier von einer ausdrücklichen Verpfändung die Rede sey. Denn die Worte *voluntate dominorum* deuten offenbar auf ein pactum hypothecae hin. Der Verpächter hatte sich an gewissen in das Pachtgut eingebrachten Sachen des Pächters wirklich eine Hypothek versprechen lassen, und die Frage war, ob sich diese Hypothek nur auf diejenigen Sachen beschränke, welche nach der Absicht des Verpächters in das Gut eingebracht werden

Einwilligung des Schuldners in die Verpfändung kann aber auch b) aus andern Handlungen gefolgert werden. Dahin gehört 1) wenn er seinem Gläubiger zu dessen Sicherheit den Besitz einer Sache einräumt[37]), oder auch die den Erwerb derselben betreffenden Urkunden,

den,

sollten, oder sich nicht auch auf solche erstrecke, von deren Einbringung der Verpächter nichts gewußt hat? Die Entscheidung des Kaisers Alexander geht nun dahin, daß nur auf erstere sich die Hypothek des Verpächters erstrecke. Certi iuris est, ea, *quae voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris iure dominis praediorum teneri.* Anders ist es bey Hausmiethen. Hier hat der Vermiether ein gesetzliches Pfandrecht an allen vom Miethsmanne eingebrachten Sachen, auch ohne von deren Einbringung etwas gewußt, oder solche verlangt zu haben. So stehen nun die folgenden Worte: *Quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis vel illatis scientia domini: nam ea quoque pignoris iure tenentur*, mit der Entscheidung dieses Gesetzes in dem genauesten Zusammenhange. Es ist also hier von keinem stillschweigenden noch vermutheten Conventionalpfandrecht die Rede, wie Weber, Günther, und auch Gesterding Lehre vom Pfandrecht §. 13. S. 93. behaupten. Man vergleiche dagegen Meißner's Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht. §. 72.

37) Mehrere wollen zwar schon das bloße Einräumen des Besitzes einer Sache für eine stillschweigende Verpfändung halten, z. B. LEYSER Spec. CCXXIX. medit. 3. Allein geschahe die Einräumung des Besitzes nicht mit der Erklärung, daß es in der Absicht geschehe, dem Gläubiger seiner Forderung wegen Sicherheit zu verschaffen, so würde der Gläubiger dadurch zwar ein Retentionsrecht, aber kein Pfandrecht erhalten. S. Meißner §. 12. und Gesterding §. 13. S. 94. Nr. 8.

den, z. B. Kaufbriefe, zu seiner Sicherheit übergiebt [38]). Denn wird eine Urkunde z. B. eine Schuldverschreibung, zum Unterpfande gegeben, so ist wohl keine andere Absicht denkbar, als daß das Object, worüber sie lautet, verpfändet seyn solle [39]). 2) Wenn ein Pacht stillschweigend erneuert wird, so sind auch die bey der ersten Verpachtung ertheilten Pfänder, als aufs neue verpfändet anzusehen [40]). 3) Wenn der Eigenthümer, dessen Sache der Schuldner verpfändet hat, nachher Bürge für den Schuldner wird, so wird dieß als eine stillschweigende Genehmigung der Verpfändung angesehen, vorausgesetzt,

 daß

38) ERXLEBEN c. l. LEYSER Spec. CCXXIII. medit. 4. Weber a. a. O. §. 11. S. 104. und Meißner a. a. O. §. 1. 2. S. 20.

39) *L.* 2. *Cod. VIII.* 17. *Quae res pignori obligari possunt vel non.* Cum constet, pignus consensu contrahi, non dubitamus, eum, qui emtiones agrorum suorum pignori posuit, de ipsis agris obligandis cogitasse. *Emtiones agrorum* sind hier instrumenta emtionum, die Kaufbriefe. *L.* 102. *pr. XXXII. D. de legatis. L.* 12. §. 46. *D. de instructo vel. instrum. legat.* S. BRISSONIUS de Verbor. quae ad ius pert. Signific. v. Emtio. Westphal's Pfandrecht §. 57. Gesterding §. 13. S. 92. In den *Basilicis* Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 5. Const. 21. heißt es: O δεδωκὼς τὰ ὠνεικὰ τοῦ ἀγροῦ εἰς ἐνέχυρον, σὸν ἀγρὸν ὑποθέσθαι δοκεῖ. *Qui instrumenta emtionis fundi pignori posuit, ipsum fundum pignori obligasse videtur.*

40) *L.* 13. §. 11. *D. Locati.* Qui impleto tempore conductionis, remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, *sed etiam pignora videntur durare obligata.*

daß der Eigenthümer zu der Zeit, da er sich verbürgte, es gewußt habe, daß seine Sache verpfändet worden sey. Wäre hingegen die Verpfändung erst nach der Verbürgung geschehen, oder der Bürge hätte sie erst späterhin erfahren, so läßt sich eine stillschweigende Genehmigung unter diesen Umständen nicht mehr denken [41]). Man rechnet gewöhnlich auch noch 4) den Fall hieher, wenn Jemand ohne Widerspruch eine Urkunde schreibt, oder wissentlich unterschreibt, worin seine Güter von einem Andern verpfändet worden sind [42]); allein andere [43]) wollen diesen Fall lieber zu dem ausdrücklichen Conventionalpfandrecht rechnen.

Uebrigens bemerkt **Hellfeld** noch, daß es, so wie es bey der Bestellung eines Conventionalpfandrechts nicht auf bestimmte Worte ankommt, mit welcher es ertheilt wird, eben so auch gleichviel sey, ob es von dem Schuldner in eigener Person, oder in seinem Namen von dem Bevollmächtigten desselben bestellet wird, es muß nur letzter

41) *L.* 5. §. 2. *D. In quibus causis pignus.* Si quis fideiubeat, cum res illius a debitore, pro quo fideiussit, pignori data sit, bellissime intelligitur, hoc ipso, quod fideiubeat. quodammodo mandare, res suas esse obligatas. Sane si postea sint eius res hypothecae datae, non erunt obligatae.

42) *L.* 26. §. 1. *D. de pignorib.* *L.* 8. §. 15. *L.* 9. §. 1. *D. Quib. mod. pign. vel hyp. solvit.* VOET Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 2. §. 1. HERT cit. Diss. §. 13. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. T. II. §. 1177. **Emelin** Ordnung der Gläubiger. §. 80. **Weber** a. a. O. §. 11. **Meißner** vom stillschw. Pfandrecht. §. 13.

43) ERXLEBEN §. 48. not. a. **Gesterding** §. 13. S. 94.

letzter mit einer unbezweifelten Specialvollmacht, oder mit einer auf alle Geschäfte desselben unbeschränkt sich erstreckenden Generalvollmacht versehen seyn[44]). War der Procurator mit keiner solchen Vollmacht versehen, so kann das Pfandrecht nur durch nachfolgende Genehmigung des Schuldners Gültigkeit erhalten[45]).

§. 1083.

Actio *Serviana* und *Quasi Serviana* oder *hypothecaria*.

Die dem Pfandrecht eigene Klage, mittelst welcher der Gläubiger die ihm verpfändete Sache zu seiner Befriedigung von jedem Besitzer abfordern kann, stammt, wie Paulus[46]) lehrt, aus dem ius honorarium her. Daß wegen des Faustpfandes schon eine ältere dingliche Klage nach dem Civilrecht Statt gefunden haben solle[47]), ist nicht wahrscheinlich. Denn wozu hätte es denn der Weitläuftigkeiten einer feierlichen Mancipation sub fiducia bedurft, wenn ausser der Rei vindicatio, das Civilrecht dem Gläubiger eine eigene *vindicatio pignoris*, oder eine *actio pigneratitia in rem* gegeben hätte? Einer actio

44) *L.* 11. §. 7. *L.* 12. *D. de pignerat. act.* HOFACKER Princ. iur. civ. R. G. T. II. §. 1174.

45) *L.* 20. *pr. D. de pign. act.* HOFACKER c. l. not. c. GÜNTHER Princip. iur. Rom. privati noviss. Tom. II. §. 669.

46) *L.* 17. §. 2. *D. de pactis.* PAULUS *Lib. III. ad Edictum.* De pignore *iure honorario* nascitur ex pacto actio.

47) S. von Löhr Bemerkungen über die dinglichen Pfandklagen, in dem Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung von Grolman und Löhr 3. Bandes 1. Heft Nr. IV. S. 129. ff.

Rechts noch ihr Ansehen und Wirkung [22]). Es wird dann aber auch, wenn die Notariatsurkunde einer Pfandverschreibung die Eigenschaft eines römischen öffentlichen Pfandes verschaffen soll, zu deren Errichtung alles das erfordert, was der Kölner Reichsabschied vom J. 1512. als wesentliche Bedingung voraussetzt, um solchen Instrumenten die Beweiskraft öffentlicher Urkunden beyzulegen [23]); so wie denn auch, wenn die von drey glaubwürdigen männlichen Zeugen unterzeichnete Pfandverschreibung einer öffentlichen im Sinne des römischen Rechts gleichgeachtet werden soll, dazu erfordert wird, daß den Zeugen der Inhalt der Urkunde bekannt gemacht worden [24]), und auch die Aechtheit ihrer Unterschrift ausser Zweifel sey; sie werde nun entweder durch die Recognition der Zeugen selbst, oder auf andere Art, z. B. durch Vergleichung der Hände, dargethan [25]). Daß die Zeugen noch ausserdem vereidiget werden müßten, ist jedoch nicht erforderlich [26]). Eine vor zwey Notarien ohne alle Zeu-

22) Claproth a. a. O. §. 32.

23) Bolley a. a. O. §. 76. S. 161. f.

24) PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 198. und *Ejusd.* Animadversion. iuris. Nr. 98. Man erfordert daher auch, daß die Zeugen zu dieser Handlung erbeten seyn müssen. STRYK Cautel. contract. Sect. II. Cap. 4. §. 2. und *Ern. Io. Frid.* MANTZEL Diss. de duobus vel tribus viris honestis in hypothecis, intimationibus etc. adhibendis. *Rostochii* 1742. Sect. II. §. 2.

25) ERXLEBEN c. l. §. 59. BOEHMER Diss. de praerogativa hypothecar. publicar. Cap. I. §. 8. Bolley a. a. O. §. 77.

26) ERXLEBEN c. l. §. 60.

Zeugen bestellte, und durch ihre Unterschrift beglaubigte Hypothek ist hingegen, sofern es auf Urkunden-Beweis ankommt, weder für eine hypotheca publica noch quasi publica zu halten[27]).

§. 1082.

Stillschweigendes Conventional-Pfandrecht.

Es ist schon oben (§. 1077.) bemerkt worden, daß das Conventionalpfandrecht nicht nur ein ausdrückliches, sondern auch ein stillschweigendes seyn könne. Unter dem letztern wird ein solches Pfandrecht verstanden, welches dem Gläubiger zwar nicht namentlich ertheilet worden, aber doch in einer klar am Tage liegenden Intention des Schuldners gegründet ist[28]). Daß ein solches Pfandrecht eben so wirksam und gültig sey, als ein ausdrückliches, hat keinen Zweifel[29]). Denn die Gesetze wollen, daß bey freywilligen Verpfändungen mehr auf die wahre Absicht und Willensmeinung der Contrahenten, als

27) Günth. Heinr. von Berg juriſt. Beobachtungen und Rechtsfälle 1. Th. (Hannover 1802.) Nr. XVII.

28) *Io. Nic.* HERTII Diss. de pignore conventionali tacito (in EIUS Commentat. et Opuscul. Vol. II. Tom. III. pag. 177. sqq.) Adolph Diet. Webers Beyträge zu der Lehre vom ſtillſchweigenden Conventional-Pfandrecht. In Deſſelben Verſuchen über das Civilrecht. Schwerin u. Wismar 1801. Nr. II. S. 79. ff. Ferd. Aug. Meißners vollſtändige Darſtellung der Lehre vom ſtillſchweigenden Pfandrechte. 1. Th. §. 5. ff.

29) S. HERT cit. Diss. §. 27. ERXLEBEN Princip. de iure pignor. et hypoth. §. 49. Meißner a. a. O. §. 6.

als auf den Ausdruck der Worte gesehen werden solle[30]). Sie wie nun eine stillschweigende Einwilligung überhaupt sowohl durch Worte als Handlungen erklärt werden kann[31]); eben so kann auch auf diese Art die Bestellung eines Conventional-Pfandrechts stillschweigend geschehen, wenn nur die Worte oder Handlungen von der Art sind, daß sich daraus mit Sicherheit auf ein zu ertheilendes Pfandrecht schließen läßt[32]). Ein stillschweigendes Pfandrecht kann also a) durch Worte ertheilt werden, welche die Absicht, ein Pfandrecht zu bestellen, zwar nicht ausdrücklich, aber implicite zu erkennen geben, wie z. B. in folgenden Fällen. 1) Wenn der Schuldner gewisse Sachen benennt, an welche sich der Gläubiger beym Ausbleiben der Zahlung soll halten, oder daraus bezahlt machen dürfen[33]). 2) Wenn der Schuldner auf diesen Fall dem Gläubiger die Befugniß ertheilt, zu seiner Befriedigung gewisse Güter zum Verkauf zu bringen[34]). 3) Wenn

30) *L.* 9. *Cod. Quae res pignori.*

31) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 290.

32) Scilicet non quaelibet verba sufficiunt, sagt LEYSER Meditat ad Pand. Vol. IV. Spec. CCXXIII. medit. 3. simplicem obligationem indicantia, quippe quae magis ad obligationem personae, quam rem referri oportet, verum talia requiruntur, ex quibus apparet, consensisse debitorem, ut res suae creditorem securiorem facerent.

33) MEVIUS Tom. II. P. VII. Decis. 49. HERT cit. Diss. §. 9. Weber a. a. O. §. 11. S. 103. Hierher gehören auch die Worte der *L.* 9. *Cod. Quae res pignori;* per earum sc. rerum exactionem satisfieri tibi promitto. S. Meißner §. 10.

34) *L.* 3. §. 2. *D. Qui potior. in pign.* Hat der Schuldner blos gewisse Sachen angegeben, aus welchen die Zahlung geleistet

3) Wenn er dem Gläubiger seiner Forderung wegen zur Sicherheit den Besitz einer Sache auf den Fall verspricht, wenn die Bezahlung nicht erfolgen würde [35]). 4) Wenn ein Pächter sich gegen den Verpächter anheischig macht, gewisse Sachen in das Pachtgut einzubringen, und sich hierbey keine andere Absicht denken läßt, als die, daß sie dem Verpächter zur Sicherheit wegen seiner Pachtforderungen haften sollen [36]). Eine stillschweigende Ein-

leistet werden soll, so läßt sich daraus noch nicht gleich eine Verpfändung schließen, weil es auch nur die Absicht des Schuldners seyn kann, dem Gläubiger die Mittel zur schnellern und leichtern Beytreibung seiner Forderung an die Hand zu geben, oder ihn auf einen Gegenstand zur Hülfsvollstreckung aufmerksam zu machen, wenn keine Bezahlung erfolgen sollte. S. Meißner §. 10. S. 13. f.

35) ERXLEBEN c. l. §. 47. Meißner §. 11. S. 15. ff. und von Bülow und Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 2. Band Erört. XLIV. S. 316. f.

36) BALDUINUS de pignorib. et hypoth. Cap. 6. Weber angef. Beyträge §. 12. in Desselben Versuchen über das Civilrecht. S. 106. f. und GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. T. II. §. 670. Von diesem Falle will man zwar auch die *L. 5. Cod. de locato cond.* verstehen. Allein der ganze Zusammenhang dieses Gesetzes lehrt, daß hier von einer ausdrücklichen Verpfändung die Rede sey. Denn die Worte *voluntate dominorum* deuten offenbar auf ein pactum hypothecae hin. Der Verpächter hatte sich an gewissen in das Pachtgut eingebrachten Sachen des Pächters wirklich eine Hypothek versprechen lassen, und die Frage war, ob sich diese Hypothek nur auf diejenigen Sachen beschränke, welche nach der Absicht des Verpächters in das Gut eingebracht werden

Einwilligung des Schuldners in die Verpfändung kann aber auch b) aus andern Handlungen gefolgert werden. Dahin gehört 1) wenn er seinem Gläubiger zu dessen Sicherheit den Besitz einer Sache einräumt[37]), oder auch die den Erwerb derselben betreffenden Urkunden,

sollten, oder sich nicht auch auf solche erstrecke, von deren Einbringung der Verpächter nichts gewußt hat? Die Entscheidung des Kaisers Alexander geht nun dahin, daß nur auf erstere sich die Hypothek des Verpächters erstrecke. Certi iuris est, ea, *quae voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris iure dominis praediorum teneri.* Anders ist es bey Hausmiethen. Hier hat der Vermiether ein gesetzliches Pfandrecht an allen vom Miethsmanne eingebrachten Sachen, auch ohne von deren Einbringung etwas gewußt, oder solche verlangt zu haben. So stehen nun die folgenden Worte: *Quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis vel illatis scientia domini: nam ea quoque pignoris iure tenentur*, mit der Entscheidung dieses Gesetzes in dem genauesten Zusammenhange. Es ist also hier von keinem stillschweigenden noch vermutheten Conventionalpfandrecht die Rede, wie Weber, Günther, und auch Gesterding Lehre vom Pfandrecht §. 13. S. 93. behaupten. Man vergleiche dagegen Meißner's Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht. §. 72.

37) Mehrere wollen zwar schon das bloße Einräumen des Besitzes einer Sache für eine stillschweigende Verpfändung halten, z. B. LEYSER Spec. CCXXIII. medit. 3. Allein geschahe die Einräumung des Besitzes nicht mit der Erklärung, daß es in der Absicht geschehe, dem Gläubiger seiner Forderung wegen Sicherheit zu verschaffen, so würde der Gläubiger dadurch zwar ein Retentionsrecht, aber kein Pfandrecht erhalten. S. Meißner §. 12. und Gesterding §. 13. S. 94. Nr. 8.

den, z. B. Kaufbriefe, zu seiner Sicherheit übergiebt [38]). Denn wird eine Urkunde z. B. eine Schuldverschreibung, zum Unterpfande gegeben, so ist wohl keine andere Absicht denkbar, als daß das Object, worüber sie lautet, verpfändet seyn solle [39]). 2) Wenn ein Pacht stillschweigend erneuert wird, so sind auch die bey der ersten Verpachtung ertheilten Pfänder, als aufs neue verpfändet anzusehen [40]). 3) Wenn der Eigenthümer, dessen Sache der Schuldner verpfändet hat, nachher Bürge für den Schuldner wird, so wird dieß als eine stillschweigende Genehmigung der Verpfändung angesehen, vorausgesetzt,

38) ERXLEBEN c. l. LEYSER Spec. CCXXIII. medit. 4. Weber a. a. O. §. 11. S. 104. und Weißner a. a. O. §. 1. 2. S. 20.

39) *L.* 2. *Cod. VIII.* 17. *Quae res pignori obligari possunt vel non.* Cum constet, pignus consensu contrahi, non dubitamus, eum, qui emtiones agrorum suorum pignori posuit, de ipsis agris obligandis cogitasse. *Emtiones agrorum* sind hier instrumenta emtionum, die Kaufbriefe. *L.* 102. *pr. XXXII. D. de legatis. L.* 12. §. 45. *D. de instructo vel. instrum. legat.* S. BRISSONIUS de Verbor. quae ad ius pert. Signific. v. Emtio. Westphal's Pfandrecht §. 57. Gesterding §. 13. S. 92. In den *Basilicis* Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 5. Const. 21. heißt es: Ο δεδωκὼς τὰ ὠνεακὰ τοῦ ἀγροῦ εἰς ἐνέχυραν, σὺν ἀγρὸν ὑποθέσθαι δοκεῖ. *Qui instrumenta emtionis fundi pignori posuit, ipsum fundum pignori obligasse videtur.*

40) *L.* 13. §. 11. *D. Locati.* Qui impleto tempore conductionis, remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, *sed etiam pignora videntur durare obligata.*

daß der Eigenthümer zu der Zeit, da er sich verbürgte, es gewußt habe, daß seine Sache verpfändet worden sey. Wäre hingegen die Verpfändung erst nach der Verbürgung geschehen, oder der Bürge hätte sie erst späterehin erfahren, so läßt sich eine stillschweigende Genehmigung unter diesen Umständen nicht mehr denken[41]). Man rechnet gewöhnlich auch noch 4) den Fall hieher, wenn Jemand ohne Widerspruch eine Urkunde schreibt, oder wissentlich unterschreibt, worin seine Güter von einem Andern verpfändet worden sind[42]); allein andere[43]) wollen diesen Fall lieber zu dem ausdrücklichen Conventionalpfandrecht rechnen.

Uebrigens bemerkt **Hellfeld** noch, daß es, so wie es bey der Bestellung eines Conventionalpfandrechts nicht auf bestimmte Worte ankommt, mit welcher es ertheilt wird, eben so auch gleichviel sey, ob es von dem Schuldner in eigener Person, oder in seinem Namen von dem Bevollmächtigten desselben bestellet wird, es muß nur letzter

41) *L.* 5. §. 2. *D. In quibus causis pignus.* Si quis fideiubeat, cum res illius a debitore, pro quo fideiussit, pignori data sit, bellissime intelligitur, hoc ipso, quod fideiubeat. quodammodo mandare, res suas esse obligatas. Sane si postea sint eius res hypothecae datae, non erunt obligatae.

42) *L.* 26. §. 1. *D. de pignorib.* *L.* 8. §. 15. *L.* 9. §. 1. *D. Quib. mod. pign. vel hyp. solvit.* VOET Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 2. §. 1. HERT cit. Diss. §. 13. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. T. II. §. 1177. **Gmelin** Ordnung der Gläubiger. §. 80. **Weber** a. a. O. §. 11. **Meißner** vom stillschw. Pfandrecht. §. 13.

43) ERXLEBEN §. 48. not. a. **Gesterding** §. 13. S. 94.

letzter mit einer unbezweifelten Specialvollmacht, oder mit einer auf alle Geschäfte desselben unbeschränkt sich erstreckenden Generalvollmacht versehen seyn[44]). War der Procurator mit keiner solchen Vollmacht versehen, so kann das Pfandrecht nur durch nachfolgende Genehmigung des Schuldners Gültigkeit erhalten[45]).

§. 1083.

Actio *Serviana* und *Quasi Serviana* oder *hypothecaria*.

Die dem Pfandrecht eigene Klage, mittelst welcher der Gläubiger die ihm verpfändete Sache zu seiner Befriedigung von jedem Besitzer abfordern kann, stammt, wie Paulus[46]) lehrt, aus dem ius honorarium her. Daß wegen des Faustpfandes schon eine ältere dingliche Klage nach dem Civilrecht Statt gefunden haben solle[47]), ist nicht wahrscheinlich. Denn wozu hätte es denn der Weitläuftigkeiten einer feierlichen Mancipation sub fiducia bedurft, wenn ausser der Rei vindicatio, das Civilrecht dem Gläubiger eine eigene *vindicatio pignoris*, oder eine *actio pigneratitia in rem* gegeben hätte? Einer actio

44) *L.* 11. §. 7. *L.* 12. *D. de pignerat. act.* HOFACKER Princ. iur. civ. R. G. T. II. §. 1174.

45) *L.* 20. *pr. D. de pign. act.* HOFACKER c. l. not. c. GÜNTHER Princip. iur. Rom. privati noviss. Tom. II. §. 669.

46) *L.* 17. §. 2. *D. de pactis.* PAULUS *Lib. III. ad Edictum.* De pignore *iure honorario* nascitur ex pacto actio.

47) S. von Löhr Bemerkungen über die dinglichen Pfandklagen, in dem Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung von Grolman und Löhr 3. Bandes 1. Heft Nr. IV. S. 129. ff.

actio pigneratitia in rem, thun freylich viele Stellen[48]) in den Pandecten Erwähnung, allein sichtbar ist dieses keine andere, als die Hypothecarische Klage, von welcher der römische Jurist Marcian in der *L.* 5. §. 1. *D. h. t.* die aus desselben *libro singulari ad formulam hypothecarum* genommen ist, ausdrücklich sagt, daß in Rücksicht derselben zwischen pignus und hypotheca nur ein Unterschied im Namen bestehe[49]). Wenn nun auch Justinian in den Institutionen §. 7. *IV.* 6. *de Actionibus* eben so lehrt, und uns geradezu sagt: Inter pignus autem et hypothecam, *quantum ad actionem hypothecariam attinet*, nihil interest; wie läßt sich hier ein Irrthum denken[50])? Vor der *actio Serviana* stand also dem Gläubiger noch keine eigene Pfandrechtsklage zu. Daß man den Prätor Servius, von dem diese Klage ihren Namen hat, zwar gewöhnlich, aber fälschlich, für den Servius Sulpicius Rufus hält, ist schon an einem andern Orte[51]) gezeigt worden.

So-

48) *L.* 7. §. 12. *D. Communi dividundo. L.* 3. §. 3. *D. Ad exhibendum. L.* 41. *D. de pigner. act. L.* 22. *D. de pignorib. et hypoth. L.* 9. *pr. D. Quib. mod. pign. vel hyp solvit. L.* 11. §. 10. *L.* 19. *L.* 30. §. 1. *D. de except. rei iudic.*

49) S. *Claud.* SALMASIUS de modo usurarum. Cap. 12. pag. 496. sqq. und *Bern. Henr.* REINOLDI Oratio de Legum inscriptionibus §. 10. in *Opusc.* pag. 574.

50) S. den 14. Th. dieses Commentars 1. Abth. §. 862. Not. 48. S. 15. f.

51) Siehe den 14. Th. des Commentars §. 862. S. 14. Heineccius ist deshalb schon von POTHIER. in Pandect. Iustin. h t. Nr. XXVIII. not. h. widerlegt.

Soviel ist indessen gewiß, daß zu Cicero's Zeiten der Hypothekvertrag schon bekannt war. Denn er braucht selbst das griechische Wort ὑποθήκαι, und in dem von ihm erzählten Rechtsfalle war der Gläubiger nicht im Besitz [52]). Der Fall war zwar in Carien, und nicht in Rom vorgekommen, es erscheint aber doch aus dem ganzen Briefe des Cicero, worin er die Kapitalforderungen seines Freundes, des Cluvius Puteolanus, dem Prätor Thermus in Asien zur baldigen Befriedigung des Gläubigers empfiehlt, daß damals schon das ausgedehntere Hypothekenrecht müsse Statt gefunden haben. Wahrscheinlich galt also das Hypothekenrecht früher in den Provinzen, als in Rom, und es ist sehr glaublich, daß der Servius, von dem die actio Serviana ihren Namen hat, Prätor in irgend einer Provinz war, und daher diese Klage durch ein Provinzialedict sey eingeführt worden, weil die Mancipatio sub fiducia, wodurch sich der römische Gläubiger ein Vindicationsrecht verschaffen konnte, in den Provinzen, und also unter Peregrinen, sofern ihnen das Commercium nicht war gegeben worden, nicht galt [53]). Servius, nach dessen Edict nun ein Pfandrecht durch bloßen Vertrag, auch ohne Uebertragung des Besitzes, mit der Wirkung, dasselbe gegen einen Dritten zu verfolgen, bestellet

52) *Epistol. ad Diversos Lib. XIII. Epist.* 56. Praeterea Philotes Alabandensis ὑποθήκας Cluvio dedit. Hae commissae sunt. *Velim cures, ut aut de hypothecis decedat, easque procuratoribus Cludii tradat, aut pecuniam solvat.*

53) ULPIANUS *Fragm. XIX.* §. 4. *Io. Aug.* BACH Prolusio de Edicto perpetuo provinciali. Opusculor. pag. 175. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. Pr. pag. 432.

ſtellt werden konnte, muß daher ohne allen Zweifel ſchon vor Cicero gelebt haben, da letzterer von den Hypotheken, als von einer damals ganz bekannten Sache, ſpricht. Es war aber auch ſchon längſt vorher der Name ὑποθήκη bey den Griechen bekannt, wie Salmaſius [54]) aus vielen Stellen des Demoſthenes, Heſychius und Phrynichus erwieſen hat. Dem ſey indeſſen, wie ihm wolle, ſo iſt ſoviel gewiß, daß die *actio Serviana* urſprünglich nur dem Verpächter eines praedii rustici, wegen der ihm zur Sicherheit des Pachtgeldes verpfändeten Sachen des Pächters, gegeben wurde. Sie ward erſt nachher durch Interpretation auf alle übrige Fälle ausgedehnt, wo dem Gläubiger ein Pfandrecht war beſtellt worden. Dieſe ausgedehnte Pfandrechtsklage hieß dann *actio Quasi Serviana*, oder *actio hypothecaria*. Gerhard Noodt [55]), leitet zwar auch die letztere aus dem Edict des Prätors her, und ſtellt hier folgende Formel des Edicts auf. *Quod quis sibi pro pecunia debita pignori hypothecaeve obligatum esse dicet, quod de eo convenit cum eo, cuius in bonis erat, nisi arbitrio iudicis ei restituatur, adversus eum, qui eam possidebit, quanti ea res erit, iudicium dabo. Si soluta erit pecunia, aut pro ea satisfactum, perve creditorem stetit, quominus id fieret, iudicium non dabo.* Allein andere [56]) eignen

54) De modo usurarum. *Lugd. Batavor.* 1639. Cap. 12. pag. 499. sqq.

55) Commentar. ad Dig. h. t. Pr. in *Operib.* Tom. II. pag. 432.

56) S. *Arn.* VINNIUS Comment. ad Institut. Lib. IV. Tit. 6. §. 7. nr. 6. *Ev.* OTTO Commentar. ad Inst. eod. loc. §. 7

Andr.

eignen die *actio Quasi Serviana* richtiger der Interpretation der römischen Rechtsgelehrten zu, wie schon der Name selbst anzeigt. Hätte auch diese Klage ihren Ursprung einem Prätor zu verdanken, so würde sie gewiß, so gut, wie jene erstere, ihren eigenen Namen erhalten haben. Zwar sagt Justinian §. 7. *I. de actionib.* Item Serviana et *Quasi Serviana*, quae etiam hypothecaria vocatur, *ex ipsius Praetoris iurisdictione* substantiam capiunt; allein es ist bekannt, daß diejenigen Klagen, welche von den Römischen Rechtsgelehrten durch Interpretation des Edicts sind eingeführt worden, auch prätorische genennt werden, weil sie doch ursprünglich auf das Edict des Prätors gegründet sind [57]). Beyde Klagen erklärt uns Justinian a. a. O. so: *Serviana* autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur. *Quasi Serviana* autem, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Der Name *actio Serviana* begreift jedoch zuweilen beyde Klagen unter sich; z. B. wenn die Kaiser Diocletian und Maximian *L. 6. C. Si aliena res pignori data sit.* sagen: Cum Serviana etiam actio declaret evidenter, iure pignoris teneri non posse, nisi quae obligantis in

Andr. MYLIUS Diss. de actione Quasiserviana. Posit. I. *Lipsiae* 1682. *Ge. Aug.* MALCOMESIUS Diss. de actione hypothecaria Th. 6. Giess. 1698. Westphal Pfandrecht §. 262. Not. 293. HOFACKER Princ. iur. civ. R. G. T. II. §. 1231. not. b.

57) Die von Noodt angeführten *L. 6. Cod. Si aliena res pignori data sit*, und *L. 19. Cod. de Usuris* beweisen seine Meinung nicht. S. *Io. God.* MÜLLER Historia iuris civ. de pignoribus. Specim. I. §. 7. pag. 26. sq.

in bonis fuerint. Beyde Klagen können auch *ordinariae* und *utiles* seyn*). Wenn nämlich das Pfandrecht schon von Anfang an, als gültig, bestand; so heißt die Klage *actio ordinaria super pignore*, sie sey *Serviana* oder *Quasi Serviana*. So wird auch *actio pigneratitia in rem* genennt[58]). Hat aber das Pfandrecht erst in der Folge seine Gültigkeit erhalten, was anfangs nicht gültig war bestellt worden, so heißt sie *actio Serviana* oder *Quasi Serviana utilis*, z. B. wenn der Schuldner zur Zeit der Verpfändung noch nicht Eigenthümer der Sache war, er ist es aber noch nachher geworden. Hieher gehört *L. 5. Cod. Si aliena res pignori data sit.* Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIAN. A. A. *Eutychio.* Cum res, quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis eius esse incipiat: *ordinariam* quidem *actionem* super pignore non competere, manifestum est: sed tamen aequitatem facere, ut facile *utilis persecutio exemplo pigneratitiae* detur. Eben dieses bestätiget **Modestinus** *L. 22. D. de pignorib.* Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres extitero, ex postfacto pignus directo quidem non convalescit, sed *utilis pigneratitia* dabitur creditori. Jedoch wird auch die actio Quasi Serviana oder hypothecaria, sehr oft in unsern Gesetzen *utilis Serviana* genennt[59]).

Ob

*) BACHOV. Tr. de actionib. Diss. III. Th. 36.

58) *L. 7. §. 12. D. Communi divid. L. 3. §. 3. D. ad exhib. L. 11. §. 10. L. 19. L. 30. §. 1. D. de except. rei iudicatae.*

59) *L. 1. §. 2. D. h. t. L. 1. Cod. de precario et Salviano interdicto. L. 1. Cod. Communia de legatis.* S. *Franc.* BROEUS

Ob sich die Sache in dem römischen Eigenthum des Schuldners befand, oder nicht, kam bey der actio Serviana oder Quasi Serviana nie in Betrachtung; und in dieser Hinsicht waren die actio pigneratitia in rem und die actio Serviana nie von einander unterschieden. Es war vielmehr die *actio pigneratitia in rem*, so wie die *vindicatio pignoris* [60]) der allgemeine Name, welcher die actio Serviana und Quasi Serviana unter sich begriff [61]), wie aus *L.* 3. §. 3. *D. ad Exhibendum* erhellet, wo **Ulpian** sagt: Est autem personalis haec actio, (sc. ad exhibendum) et ei competit, qui *in rem* acturus est, qualicunque in rem actione: etiam *pigneratitia Serviana*, *sive hypothecaria*, quae creditoribus competunt. Mit Recht bemerkt zwar **Janus a Costa** [62]) daß hier nicht von drey, sondern nur von zwey Pfandklagen die Rede sey, nämlich der actio Serviana und hypothecaria; oder wie sie auch sonst genennt wird, *utilis Serviana*; wenn er jedoch einen Unterschied macht, ob wegen eines Faustpfandes, oder wegen einer Hypothek geklagt wird, und behauptet, daß die Klage in dem ersten Falle pigneratitia *Serviana*, und in dem andern Falle *hypothecaria* genennt werde; so ist dieser Unterschied ganz unrichtig. Das Gegentheil lehrt

BROEUS Exposit. in Iustin. Institut. ad §. 7. de Actionib. nr. 2. pag. 761.

60) *L.* 16. §. 3. *D. de pignorib.* *L.* 12. *pr. D. Qui potior. in pignore.*

61) S. Schweppe Römisches Privatrecht 1. Th. §. 309.

62) Commentar. in Iustin. Institut. Lib. IV. Cap. 6. de actionib. §. 7. pag. 526.

lehrt Julian, wenn er *L.* 28. *D. de pigner. actione* ſagt: Si creditor, qui rem pignori acceperat, amissa eius possessione, *Serviana actione* petierit, et litis aestimationem consecutus sit, postea debitor eandem rem petens exceptione summovetur, nisi offerat ei debitor, quod pro eo solutum est. Ja Juſtinian ſagt es ſelbſt ausdrücklich in dem oben angeführten §. 7. *I. de actionib.* es ſey, in Rückſicht der *actio hypothecaria*, kein Unterſchied zwiſchen pignus und hypotheca. Darin aber hat Coſta vollkommen Recht, wenn er ſagt, *iure civili* nullam fuisse proditam actionem, qua rem pignori oppositam creditor persequatur: nisi forte pignus esset, quod dominium transferebat in creditorem, et dicebatur *fiducia*, ut est apud PAULUM *Libro II. Sententiar. toto tit. de Lege commissoria*, et in *L.* 9. *Cod. Theod. de infirmandis iis, quae sub tyrannis gesta sunt*; hoc enim casu creditor, tamquam dominus, *rei vindicationem* habuit. Hätte es, auſſer der actio Serviana und hypothecaria, auch noch eine dritte *actio in rem pigneratitia* für den Fauſtpfandgläubiger gegeben, welche ihm nach dem Civilrecht in dem Fall zugeſtanden hätte, wenn das Pfandrecht ſchon von Anfang an gültig war; wie hätte Julian, der in der oben angeführten Stelle gerade von dieſem Falle ſprach, ſie mit Stillſchweigen übergehen, und die actio *Serviana* nennen können, wenn dieſe bey einem Fauſtpfande gerade nur in dem Falle Statt gehabt haben ſollte, wenn die Sache nicht im römiſchen Eigenthume des Verpfänders, ſondern nur im natürlichen war? Nur die actio pigneratitia *in personam* ex contractu iſt eine Civilklage, welche

aber

aber nicht hieher gehört, sondern schon in einem andern Titel der Pandecten erklärt worden ist. Bröus[63]) glaubt übrigens die hypothekarische Klage sey für keine rechte Realklage gehalten worden, weil sie theils gegen die Regel des Civilrechts eingeführt worden, nach welcher aus einem bloßen Pactum keine Klage entsteht; theils von dieser Klage nur der Ausdruck *persecutio*[64]) gebraucht werde, welcher blos in dem Falle üblich sey, wenn ein Rechtsmittel nur ausser der Ordnung der Billigkeit wegen gestattet wird; theils auch ausdrücklich in den Gesetzen von den Realklagen unterschieden werde[65]). Allein ausserdem, daß so viele Stellen in unserm Corpus Juris von einer *vindicatio pignoris* reden[66]), so lehren ja auch mehrere Stellen ausdrücklich, daß die pignoris vel hypothecae persecutio dem Gläubiger eine actio in rem verschaffe. So sagt wenigstens **Ulpian** *L.* 17. *D. h. t.* Pignoris persecutio *in rem* parit *actionem* creditori; und eben so reskribiren die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** *L.* 18. *Cod. eodem:* Pignoris vel hypothecae persecutio *in rem* est. Ja noch bestimmter sagen dieselben in der *L.* 2. *Cod. Si unus ex pluribus heredibus.* quod pignoris vindicatio non personam obliget, *sed rem sequatur.* Und in den Institutionen §. 31. *IV.* 6. *de actionibus* werden die *actio*

63) Expositio in Iustin. Institut. Lib. IV. Tit. 6. §. 7. Not. 4.

64) *L.* 14. *pr. D. h. t. L.* 8. *Cod. eodem. L.* 1. *Cod. Si antiquior creditor. L.* 27. *D. de nox. act.*

65) *L.* 1. *L. ult.* §. 2. *Cod. Communia de legatis.*

66) *L.* 16. §. 3. *D. h. t. L.* 28. *L.* 29. *pr. D. eodem. L.* 12. §. 1. *D. Quib. mod. pign. vel hyp. solvit. L.* 2. *Cod. Si unus ex pluribus heredibus.*

actio Serviana de rebus coloni, und die *Quasi Serviana*, quae etiam *Hypothecaria* vocatur ausdrücklich zu den actiones *in rem* gezählt. Es ist auch ganz unrichtig, daß die hypothekarische Klage von persönlichen sowohl als dinglichen Klagen, gleichsam als eine zu keiner von beyden gehörige Klage, unterschieden werde; die angeführten Gesetze unterscheiden sie blos von der rei vindicatio, welche dem Legatar so gut, wie jene, zusteht. Und der Ausdruck *pignoris persecutio*, besonders in der Verbindung, in welcher derselbe vorkommt, soll blos, wie schon **Janus a Costa**[67]) und **Anton Schulting**[68]) bemerkt haben, die Intention des Klägers und die Anführung des Rechts bezeichnen, worauf die Klage gegründet wird. Denn wer ein Pfandrecht verfolgt, gründet sich darin, die Sache hafte ihm zur Sicherheit, und verlangt von jedem Besitzer deren Abtretung. Die **hypothekarische Klage** steht nun also

I. jedem Pfandgläubiger zu, der sich nicht in dem Besitz des Pfandes befindet, es mag ihm eine Hypothek bestellt, oder ein Faustpfand gegeben seyn, wenn er etwa in dem letztern Falle den Besitz des Pfandes zufällig wieder verlohren haben sollte[69]). Sie steht auch dem zweyten Pfandgläubiger zu, wenn ihm gleich die Hypothek ohne Einwilligung des ersten Gläubigers bestellt worden ist. Er kann zwar nicht gegen den erstern klagen, wenn dieser das Pfand besitzt, aber doch von jedem dritten Besitzer das Pfand abfor-

67) Commentar. ad §. 7. I. de action.

68) Thesium controversat. Decad. LXXVI. Th. 2.

69) *L.* 28. *D. de pignerat. act.*

abfordern, der solches nicht von dem erstern Pfandgläubiger gekauft hat[70]). Er muß es aber freylich, wenn der erste Pfandgläubiger seine Hypothek verfolgt, demselben herausgeben[71]). So wie dem Gläubiger selbst, steht die Klage auch den Erben desselben zu, und zwar jedem derselben, wegen der Untheilbarkeit des Pfandrechts, (§. 1076. nr. III. S. 169. ff.) in solidum[72]).

II. Als dingliche Klage findet sie gegen jeden Besitzer der Sache Statt[73]), er sey der Verpfänder selbst, oder dessen Erbe, und zwar haftet jeder Erbe, wenn deren mehrere sind, nicht blos wegen seines Antheils, sondern wegen des inne habenden Pfandes für die ganze Schuld, weil das Pfandrecht nicht eher aufhört, als bis die ganze Schuld

70) *L.* 12. §. 7. *D. Qui potiores in pignore.* Si simpliciter convenisset secundus creditor de hypotheca, ab omni possessore eam auferre poterit; *praeter priorem creditorem*, et qui ab eo emit.

71) *L.* 12. *pr. D. eodem.* Sed si cum alio possessore creditor secundus agat, recte aget, et adjudicari ei poterit hypotheca, ut tamen prior cum eo agendo, auferat ei rem.

72) *L.* 1. *Cod. VIII.* 32. *Si unus ex pluribus heredib. creditoris.* *Franc.* BALDUINUS de pignorib. et hyp. Cap. 14.

73) *L.* 16. §. 3. *D. de pignorib.* In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is, cum quo actum est? Nam si non possideat, nec dolo fecerit, quo minus possideat, absolvi debet. *Frid.* PLATNER Exercit. II. ad Marcianum de formula hypothecaria (*Lipsiae* 1759) pag. 39. will die Worte: *cum quo actum est*, blos vom Schuldner erklären, cum quo pignoris obligatio intercessit. Allein zu dieser einschränkenden Erklärung ist

theils

Schuld getilgt ist[74]). Sie geht nicht minder auch gegen einen solchen Besitzer, der gleichfalls ein Pfandrecht an der Sache hat; es muß nur kein vorgehender Pfandgläubiger seyn[75]). Noch vielmehr also gegen den fremden Besitzer, der nicht einmal Gläubiger ist, z. B. gegen den, welcher die verpfändete Sache vom Schuldner kaufte[76]). Dominium enim *cum sua causa* (sc. cum causa pignoris) so rescribiren die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** *L.* 12. *Cod. de distract. pignor.* transtulit ad emtorem. Hat sich der Besitzer in der arglistigen Absicht, des Klägers Ansprüche zu vereiteln, des Besitzes entäussert, so kann er dennoch, dem wirklichen Besitzer gleich, belangt werden, er haftet dann wenigstens für den Werth der Sache, welchen der Kläger auch durch seinen Eid bestimmen kann. Kann dann der Beklagte nicht, aller möglichen Bemühung ungeachtet, die Sache selbst wieder herbeyschaffen, so wird er verurtheilt, den Werth der Sache zu bezahlen, so hoch ihn der Kläger beschworen hat.

theils gar kein Grund vorhanden, theils ist sie auch den Worten des Gesetzes zuwider, da hier von der vindicatio pignoris, als einer Realklage, die Rede ist, welche wider jeden Besitzer Statt findet.

74) *L.* 2. *Cod. Si unus ex plurib. heredib. L.* 1. *Cod. de luit. pignor. L.* 2. *Cod. de hered. action.* VALDUINUS c. l. pag. 86.

75) *L.* 12. §. 7. *D. Qui potior. in pignore.*

76) *L.* 15. *Cod. de pignorib.* Debitorem neque vendentem, neque donantem, neque legantem, vel fideicommissum relinquentem, posse deteriorem facere creditoris conditionem, certissimum est. Unde si tibi obligatam rem probare posse confidis, pignora persequi debes.

hat[77]). Eben dieser Eid findet auch in dem Falle Statt, wenn der Beklagte aus Ungehorsam das Pfand nicht heraus-

aus-

77) *L.* 16 §. 3. *D. h. t.* Hier sagt Marcian, aus dessen *libro singul. ad formulam hypothecariam* diese Stelle genommen ist: Sin vero dolo quidem desiit possidere, summa autem ope nisus non possit rem ipsam restituere: *tanti condemnabitur, quanti actor in litem juraverit;* sicut in caeteris in rem actionibus. Nam si tanti condemnatus esset, quantum deberetur, quid proderat in rem actio, cum et in personam agendo idem consequeretur? So klar und bestimmt in diesen Worten die Wahrheit ausgesprochen ist, daß bey der actio hypothecaria das iuramentum in litem Statt finde, wenn sich der Besitzer aus Gefährde des Besitzes der verpfändeten Sache entäussert hat; so sagt dennoch *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. XVI. Cap. 15. si ratio iuris spectatur, nihil dici posse falsius, nihil ineptius. Denn nur offenbare Billigkeit und Nothwendigkeit rechtfertige diesen Eid. Billigkeit trete aber nur in dem Falle ein, wenn Jemand die Herausgabe einer fremden Sache boshaft und hartnäckig verweigert. Denn es wäre unbillig, wenn der Eigenthümer durch den Dolus des Besitzers sollte genöthiget werden können, seine Sache nur für den gewöhnlichen Preis zu verkaufen, da zugleich der Ungehorsam bestraft werden müsse. So lehrten Marcellus *L.* 8. *D. de in litem iurando*, und Paulus *L.* 25. §. 1. *D. Soluto matrimonio*, und *L.* 9. *D. de act. rer. amotar.* Nothwendigkeit aber rechtfertige das iuramentum in litem nur in dem einzigen Falle, wenn die schuldige Sache nach eingetretenem Verzuge, jedoch noch vor der lis contestata, zu Grunde gegangen ist. Denn nun lasse sich die Schätzung einer Sache, die nicht mehr vorhanden ist, ohne Eid nicht ausmitteln, wie Marcian *L.* 5. §. *ult. D. de in litem jurando* selbst sage. Keiner von beyden Rechtfertigungsgründen

ausgeben will[78]). Zwar sagt dieses Ulpian *L.* 21. §. 3. *D. h. t.* nicht so bestimmt, wie Marcian in jenem ersten Falle, si

trete nun bey der actio hypothecaria ein. Denn wer diese anstellt, sey weder Eigenthümer, noch könne es seyn. *L.* 35. *D. de div. Reg. iuris.* Es falle also 1) der Grund der Billigkeit weg. Noch weniger aber könne 2) bey dieser Klage eine Nothwendigkeit eintreten, welche den Eid rechtfertige. Nam in hypothecaria non res ipsa debetur, sed pecunia, quae sui natura certam semper habet aestimationem. *L.* 3. *D. de in litem iur.* Allein dieses ganze Raisonnement beruhet auf lauter falschen Prämissen. Erstens daß blos der Eigenthümer in litem schwören könne, wenn ihm seine Sache durch eine Gefährde des Beklagten vorenthalten wird; ist ein dem Civilrecht ganz unbekannter Satz, wovon Marcian *L.* 5. *pr. D. de in lit. iur.* das Gegentheil lehrt. Man sehe auch *L.* 7. *D. Si serv. vindic. L.* 41. §. 1. *D. de re iudic. L. ult.* §. 1. *D. de appellat. L.* 3. §. 14. *D. de tab. exhib.* Zweytens schließt auch die actio hypothecaria den Grund der Nothwendigkeit nicht schlechterdings aus, wie gerade in dem Falle, von welchem Marcian spricht, nämlich, wenn sich der Beklagte aus Gefährde des Besitzes der verpfändeten Sache entäussert hat. Es ist aber auch eine offenbare petitio principii, daß das iuramentum in litem nur dann Statt habe, wenn die Sache nicht mehr in rerum natura vorhanden ist. Das Gegentheil lehren *L.* 46. 47. 69. *et* 70. *D. de rei vindicat.* Als eine actio in rem geht ja die hypothekarische Klage auf Restitution der Sache. *L.* 66. *D. de evict.* Warum sollte also dem Pfandgläubiger das iuramentum in litem zu versagen seyn, welches doch die Gesetze gerade in dem Falle, quo reus dolo desiit possidere, nicht blos bey Realklagen, sondern sogar bey der actio ad exhibendum, welche auch dem Pfandgläubiger, so gut wie dem Eigenthümer, gestattet wird, *L* 3.

§. 3.

si dolo possidere desiit. Ulpian ſagt nur: Si res pignerata non restituatur, lis adversus possessorem erit aestimanda: sed utique aliter adversus ipsum debitorem, aliter adversus quemvis possessorem. Nam adversus debitorem non pluris, quam quanti debet, quia non pluris interest: *adversus caeteros possessores etiam pluris* [79]), et quod amplius debito consecutus creditor fuerit, restituere debet debitori pigneratitia actione. Allein Ulpian ſtellt an ei-

§. 3. *D. ad exhib.* ganz vorzüglich zugelaſſen wiſſen wollen? *L.* 25. §. 8. *et* 10. *D. de heredit. petit. L.* 5. §. 2. *D. ad exhib. L.* 5. *pr. D. de in lit. iur.* Mit welchem Recht konnte alſo Anton Faber hier das Geſtändniß ablegen, totum illum versiculum *Triboniani* inscitiae potius, quam *Marciani* elegantiae adscribendum esse? Wer ſollte nicht vielmehr dem Reinhard Bachov beyſtimmen, wenn er in ſeinem Tr. de pignorib. et hyp. Lib. III. Cap. 12. nr. 4. dieſe Beſchuldigung des Tribonian für eine summa impudentia erklärt? Ausführlicher noch iſt Faber von *Iust.* MEIER *Ενδοξων* Iustinianeor. Decad. VII. Cap 1. widerlegt worden. Man vergleiche auch Weſtphals Pfandrecht §. 267. Not. 297. S. 386. ff.

78) S. Weſtphals Pfandrecht §. 267. BALDUINUS de pignorib. Cap. XIV. pag. 92. und BACHOVIUS Tr. de pignoribus Lib. III. c. 12. nr. 6.

79) Von dem dritten Beſitzer muß ſich der Pfandgläubiger darum den höchſtmöglichen Werth bezahlen laſſen, weil er ſonſt gewärtigen muß, von dem Schuldner mit der actio pigneratitia in Anſpruch genommen zu werden. Denn der Gläubiger handelt hier, wie bey der Veräuſſerung des Pfandes, im Namen des Schuldners, dem das Pfand gehört. S. POTHIER Pandect. Iustinian. T. I. h. t. Nr. XXXV. not. b.

nem andern Orte, *L.* 1. *D. de in litem iurando* die Regel auf: ex contumacia non restituentis res aestimatur *ultra rei pretium* per iusiurandum in litem; und eben so sagt Paulus *L.* 2. §. 1. *D. eodem*, und Marcellus *L.* 8. *D. eodem.* Hat nun der Gläubiger den Werth der Sache nach seiner eidlichen Würderung erhalten, so giebt er davon, was über seine Forderung hinausgeht, an den Schuldner zurück. Jedoch kann der dritte Besitzer dadurch die Condemnation abwenden, wenn er den Gläubiger wegen seiner Forderung befriediget, oder die Sache dem Gläubiger restituirt[80]). War der Schuldner selbst wegen seines Ungehorsams in eine größere Summe verurtheilt worden, als er schuldig ist, und er hat nachher soviel bezahlt, als Kapital und Zinsen betragen; so wird zwar dadurch die Hypothek, welche sonst nach der Strenge des Rechts für diese judicatmäßige Summe haften würde, nach der gesetzlich anerkannten Billigkeit frey gemacht[81]); allein

80) *L.* 16. §. 3. *D. h. t.* Si vero possideat, et *aut pecuniam solvat, aut rem restituat*, aeque absolvendus est. Si vero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur. Wollte der Beklagte die Sache zwar gern restituiren, aber es ist ihm nicht gleich möglich, weil sie sich an einem entfernten Orte befindet; so kann er sich durch Cautionsleistung eine Entbindung von der Klage verschaffen, wie Marcian in eben dieser Stelle sagt: Sed si velit restituere, nec possit, forte quod res abest, et longe est, vel in provinciis, solet cautionibus res explicari: nam, si caveret, se restituturum, absolvitur. Daß der Besitzer, er sey, wer er wolle, durch Bezahlung der Schuld, die Hypothek befreien, und die Klage abwenden könne, sagt auch *L.* 12. §. 1. *D. Quib. mod. pignus solvitur.*

81) *L.* 16. §. 6. *D. h. t.* Si pluris condemnatus lit debitor non

allein ob auch die wegen der erkannten Strafe des Ungehorsams begründete actio rei iudicatae damit aufgehoben sey, sagen die Gesetze nicht ausdrücklich. Ulrich Huber [82]) trägt daher Bedenken, dieses zu behaupten, weil doch beyde Klagen von einander ganz verschieden sind, und die Auctorität der Rechtsgelehrten dieses nicht erlaubt, welche den Gesetzen selbst heilig sey [83]). Allein die Hypothek erlöscht ja anders nicht, als wenn der Gläubiger befriediget ist. Wie könnte ihm also, nach der Befreyung der Hypothek, noch die actio iudicati zustehen [84])? Sonderbar ist freylich

non restituendo pignus, quam computatio sortis et usurarum faciebat: an si tantum solverit, quantum debebat, exoneretur hypotheca? Quod ego, quantum quidem ad subtilitatem legis, et auctoritatem sententiae, non probo. Semel enim causa transire videtur ad condemnationem, et inde pecunia deberi. Sed humanius est, non amplius eum, quam quod revera debet, dando hypothecam liberare. Man hat hier nicht nöthig, gerade einen solchen Fall anzunehmen, wo der Schuldner nur de facto, aber nicht de iure war condemnirt worden, wie POTHIER in Pand. Iustin. h. t. Nr. XXXV. not. c. und Westphal im Pfandrecht §. 11. und Not. 23. thun. Denn warum sollte der Gläubiger nicht sein Interesse in Anschlag bringen können? Hierdurch wächst also natürlich die Schuld. Eben das, wozu der Schuldner dem Gläubiger rechtskräftig verurtheilt worden ist, macht aber jetzt die schuldige Summe aus. Und so steht nun auch die *L.* 21, §. 3. *D. eodem* nicht im Wege.

82) Eunomia Rom. ad L. 16. §. 6. D. h. t. pag. 727. sq.

83) *L.* 25. *D. de statu hom. L.* 56. *D. de re iudic. L.* 207. *D. de div. Reg. iuris.*

84) Dieses bestätigen auch die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 2. Const. 16. §. 5. Ἐὰν ὁ χρεώστης ἐναχθεὶς τῇ ὑπο, δηκαρίᾳ

sich diese Entscheidung. Deswegen trage ich aber doch Bedenken, das Fragment des Marcian mit Anton Faber [85]) für corrupt und interpolirt zu halten [86]).

III. Die hypothekarische Klage setzt jedoch in der Regel voraus, daß die Schuld verfallen, und der Schuldner in mora sey. Wegen einer noch nicht zahlbaren Schuld findet daher die Klage nicht Statt, wofern nicht etwa dem Gläubiger blos daran gelegen ist, den verlohrnen Besitz der ihm mittelst des Pfandcontracts vom Schuldner eingehändigten Pfänder wieder zu erlangen. Hier ist es dem Gläubiger erlaubt, die hypothekarische Klage auch vor dem Eintritt des Zahlungstermins zu erheben, wie Ulpian lehrt, wenn er *L.* 14. *pr. D. h. t.* sagt: Quaesitum est; *si nondum dies pensionis venit*, an et medio tempore persequi PIGNORA permittendum sit? Et puto, dandam PIGNORIS persecutionem, *quia interest mea* [87]). Et ita CELSUS scribit. Ausserdem bleibt es

ἐνεχυρία, καὶ μὴ ἀποκαταστήσας εἰς πλέον ποσὸν τοῦ κεφαλαίου καὶ τῶν τόκων καταδικασθῇ, μόνον το χρέος διὰ τὸ φιλάγαθον δίδωσι. i. e. *Si debitor conventus hypothecaria pluris condemnatus sit non restituendo pignus, quam sors et usurae faciebant, debitum duntaxat secundum benignitatis temperamentum dat.*

85) Conjecturar. iuris civ. Lib. XVI. Cap. 14. pag. 573. sq.

86) Ausführlich hat über die *L.* 16. §. 6. *D. h. t. Iust.* MEIER *Ενδοξων* Iustinian. Dec. VII. cap. 2. commentirt. Man sehe auch *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Finis.* p. 441. sq.

87) Westphal im Pfandrecht §. 269. Not. 299. erklärt diese Gesetzstelle mit der Gloße von dem Falle, wenn dem Gläubiger eine Gefahr drohet, seine Sicherheit zu verlieren, z. B. der Schuld-

es bey der Regel, daß so lang die Schuld noch nicht exigibel ist, auch die hypothekarische Klage nicht erhoben werden könne. Hängt daher die Forderung des Gläubigers noch von einer Bedingung ab, so findet die Klage erst nach deren Erfüllung Statt. Eben so ist es, wenn zwar die Schuld unbedingt, aber die Hypothek unter einer Bedingung bestellt worden ist, und diese noch nicht existirt. Beyde Fälle entscheidet Marcian *L.* 13. §. 5. *D. h. t.* Si sub conditione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est, ante conditionem non recte agi, cum nihil interim debeatur: sed, si sub conditione debiti conditio venerit, rursus agere poterit. Sed si praesens sit debitum, hypotheca vero sub conditione, et agatur ante conditionem hypothecaria, verum quidem est, pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est: ideoque arbitrio iudicis cautiones interponendae sunt, si conditio exstiterit, nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura sit. Ist eine

Schuldner will sich entfernen, oder es ist eine Verderbung oder Wegschaffung der Sachen zu besorgen. Hier sey es dem Gläubiger erlaubt, die hypothekarische Klage vor der Zeit zu dem Ende zu erheben, damit er den Besitz des Pfandes zu seiner Sicherheit erhalte. Die Worte: *quia interest mea*, wollten daher eben so viel sagen, als quando interest mea ex iusta causa, oder quia forsan adest casus, ubi interest mea. Allein das Gesetz sagt davon kein Wort, es steht vielmehr dieser Erklärung offenbar entgegen. Richtiger hat diese Gesetzstelle *Lud.* VITALIS Lection. variar. Lib. II. cap. 17. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. II. pag. 380.) erklärt. S. auch Gesterding Pfandrecht §. 42. S. 322.

eine Zeit bestimmt, binnen welcher die Schuld nicht gefordert werden soll, so ist, wie **Marcian**[88]) sagt, auch die Hypothek darunter mit begriffen. Da hier vor der Zeit nicht geklagt werden kann, so kann, wie die vorher angeführte Gesetzstelle lehrt, der Gläubiger vor der Hand von dem Besitzer der Hypothek zu seiner Sicherheit Cautionsleistung fordern, daß er, wenn die Bedingung zur Wirklichkeit gekommen, oder der Zahlungstermin eingetreten, und keine Bezahlung erfolgt ist, die Hypothek zu restituiren wolle[89]). Um den Schuldner in moram zu versetzen, muß derselbe in den Fällen, wo nicht gleich anfangs eine gewiße Zahlungszeit ausgemacht ist, gemahnt werden, ehe der Gläubiger das Pfand gerichtlich verfolgen kann. Dieß ist wohl unstreitig der Sinn der von **Cujaz** ganz mißverstandenen *L.* 10. *Cod. de pignorib.* wo die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** an einen gewissen Alexander auf folgende Art rescribiren. Debitores praesentes prius denunciationibus conveniendi sunt. Igitur si conventi debito satis non fecerint, persequenti tibi pignora seu hypothecas, quas instrumento specialiter comprehensas esse dicis, competentibus actionibus Rector provinciae auctoritatis suae auxilium impartiri non dubitabit. **Cujaz**[90]) will nämlich dieses

88) *L.* 5. §. 1. *D. Quibus modis pignus vel hypoth. solvit.* Si paciscatur creditor, *ne intra annum pecuniam petat*, intelligitur *de hypotheca* quoque idem pactus esse.

89) *L.* 41. *D. de iudic.* S. CUJACIUS in Librum XI. Quaestion. Papiniani ad h. L. (*Operum* Tom. I. pag. 280.)

90) Recitation. solemnes in Codicem Lib. VIII. ad h. t. 10. Cod. de pignorib.

Gesetz von dem Falle verstehen, da zwischen dem Pfandgläubiger und Schuldner ausgemacht worden, daß die Hypothek nicht veräussert werden solle, oder da ein Pfand schlechthin gegeben worden ist, ohne Etwas von der Veräusserung zu erwähnen, weil in dem letztern Falle der Vertrag, daß das Pfand nicht veräussert werden solle, als stillschweigend geschlossen angenommen werde [91]). Hier könne nun der Gläubiger nach der Vorschrift unsers Gesetzes das Pfand nicht eher veräussern, als nach einer vorhergegangenen dreymaligen Erinnerung des Schuldners, daß er das Pfand befreye und einlöse, wie auch in der *L.* 4. *D. de pignerat. actione* vorgeschrieben werde. Der Ausdruck *persequi hypothecam* heiße also hier soviel, als persequi pignus usque ad extremum, ad distractionem usque ius pignoris exequi; und der Pluralis *denunciationibus* deute auf die hier erforderliche trina denunciatio hin, von welcher auch **Paulus** *Sententiar. Receptar.* Lib. II. Tit. 5. §. 1. lehre: Creditor si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, *ter ante denuntiare debitori suo debet*, ut pignus luat, ne a se distrahatur. Allein der Ausdruck *persequi pignora* seu *hypothecas* heißt nie soviel, als das Pfand oder die Hypothek zum Verkaufe bringen, sondern sie mittelst der dazu geeigneten Realklage gerichtlich verfolgen; und von einem pacto expresso vel tacito de non distrahendo pignore ist vollends gar keine Rede; der Pluralis *denunciationibus* steht auch mit debitores in ganz richtigem Zusammenhange. Der Sinn des Gesetzes geht also vielmehr dahin, daß ein Pfand-

91) Er beruft sich hier auf *L.* 3. *D. Quae res pignori oblig. possunt.*

Pfandgläubiger, ehe er die hypothekarische Klage erhebt, erst den Schuldner mahnen solle, wenn dieser nämlich gegenwärtig ist[92]). Allein eine andere Frage ist, ob nicht der Schuldner zuerst mit der persönlichen Klage zu belangen sey, ehe die hypothekarische Klage erhoben werden könne? Einige[93]) bejahen diese Frage ohne Unterschied, ob der Schuldner oder ein Dritter die Hypothek besitzt. Allein aus der angeführten *L.* 10. *C. h. t.* läßt sich dieses nicht folgern. Denn es ist, wie **Bachov**[94]) ganz richtig unterscheidet, etwas ganz anders, den Schuldner blos an die Zahlung erinnern, um ihn dadurch in moram zu versetzen, und etwas ganz anders, den Schuldner mittelst Anstellung der actio personalis auskagen Nur das Erstere erfordert das Gesetz. Noch weniger beweißt die *L.* 1. *Cod. de execut. rei iudicatae.* Denn diese spricht von einem pignus iudiciale, welches freylich nicht eher denkbar ist, als nachdem der Schuldner zur Bezahlung verurtheilt worden, und auch das richterliche Urtheil in die Rechts-

92) Diesen Sinn bestärken auch die *Basilica* T. IV. pag. 44. wo es heißt: Πρότερον δεῖ τοὺς χρεώστας παραγγέλλεσθαι· ἔιθη οὕτως ἀγνωμονοῦντας τὰ ἐνέχυρα ἀπαιτεῖσθαι καὶ τὰς ὑποθήκας ἀυθεντίᾳ τοῦ ἄρχοντος. i. e. *Debitoribus prius denuntiandum est, ut pignus luant, quibus cessantibus, pignora et hypothecas auctoritate Praesidis perscqui oportet.* Man sehe auch **Westphals** Pfandrecht §. 195. Not. 217.

93) *Io. Ge.* WEISHAUPT Diss. qua ostenditur, debitorem prius actione personali conveniendum esse, quam actioni hypothecariae locus esse possit. *Ingolstadii* 1750.

94) Tr. de pignoribus Lib. III. Cap. 17. nr. 1. pag. 223.

Rechtskraft übergegangen ist[95]). Dahingegen soll es nach den Verordnungen der Kaiser **Diocletian** und **Maximian** selbst in dem Falle, da der Schuldner die Hypothek verkauft hat, von der freien Wahl und Willkühr des Pfandgläubigers abhängen, ob er zuerst den Schuldner und dessen Erben mit der actio personalis, oder den fremden Besitzer der Hypothek mit der actio in rem, oder auch beyde zugleich in Anspruch nehmen wolle. Es sind hier folgende Gesetze merkwürdig.

L. 14. *Cod. de pignor. et hypoth.* Distractis a debitore pignoribus, creditores potestatem habere, *utrumne personali obligatos sibi, an pignora possidentes in rem actione convenire velint*, non est incerti iuris.

L. 24. *Cod. eodem.* Persecutione pignoris omissa, *debitores actione personali convenire, creditor urgeri non potest.*

L. ult. C. de obligat. et actionib. Est in arbitrio vestro, *personali debitoris heredes actione*, an eum, qui ab his distracta sibique tradita pignora tenet, *in rem Serviana*, si non longi temporis praescriptione munitus sit, *an utrosque conveniatis*[96]).

So war es also vor **Justinian**, und dieß war unbestrittenes gemeines Recht[97]). Nun hat zwar **Justinian** in

95) S. oben §. 1080. S. 269. ff.

96) Von dieser Cumulation siehe BACHOV Lib. III. Cap. 18. nr. 1. und **Westphals** Pfandrecht §. 274. Not. 304.

97) Nur in Ansehung der Forderungen des Fiscus aus Contracten hatte jedoch schon vor **Justinian** das besondere Recht Statt, daß erst der Hauptschuldner ausgeklagt werden mußte, ehe

in der Novelle 4. Kap. 2. verordnet, daß der Gläubiger zuerst den Schuldner und dessen Bürgen belangen solle, ehe er gegen den fremden Besitzer der Hypothek Klage erhebt;

ehe der fremde Besitzer der Hypothek in Anspruch genommen werden konnte, wie aus *L.* 47. *D. de iure fisci* erhellet. Paulus führt hier folgenden Fall an. Moschis quaedam, fisci debitrix ex conductione vectigalis, heredes habuerat, a quibus post aditam hereditatem Faria Senilla, et alii praedia emerant: cum convenirentur propter Moschidis reliqua, et dicebant heredes Moschidis idoneos esse, et multos alios ex iisdem bonis emisse: aequum putavit Imperator, *prius heredes conveniri debere:* in reliquum, possessorem omnem: et ita pronunciavit. *Ant.* FABER de errorib. Pragmaticor. Dec. V. Err. 9. will daraus den Schluß ziehen, daß alle stillschweigende Hypotheken sich hierin ehemals von den ausdrücklichen unterschieden hätten. Allein schon *Reinh.* BACHOV Tr. de pignorib. Lib III. Cap. XVII. nr. 1. setzte ihm entgegen: nimis puerile argumentum esse, Fiscus, habens tacitam hypothecam, prius debet agere contra debitores suos; ergo omnes, qui tacitas hypothecas habent, id facere tenentur. Daß es überdem nicht einmal bey allen Forderungen des Fiskus so war, lehrt *L.* 5. §. 3. *D de Censib.* Denn hatte der Fiskus Steuern und Abgaben zu fordern, so konnte er sich zunächst an die Hypothek halten, ohne daß der Besitzer derselben einwenden können, der Schuldner selbst sey vermögend Zahlung zu leisten. Hier blieb es also bey der allgemeinen Regel der *L* 24. *C. de pignor.* welche vor Justinian galt. Es muß also doch wohl in jenem Falle nur ein besonders Recht des Fiskus gewesen seyn, welches zum Nachtheil desselben gegen die Regel, blos der Billigkeit wegen, durch die Güte des Kaisers Severus war eingeführt worden, wie dieses bey guten Kaisern öfters der Fall war. Daher PLINIUS in *Paneg.* c. 36. sagt: *Sub bono Principe malam plerumque fisci causam esse.* Paulus giebt dieß auch nicht

hebt; (von der dadurch eingeführten Rechtswohlthat der Excussion wird unten §. 1084. gehandelt werden) besitzt hingegen der Schuldner selbst das Pfand, so ist dem Gläubiger noch jetzt die Wahl gelassen, und er kann, auch ohne die persönliche Klage vorher angestellt zu haben, sogleich die hypothekarische Klage gegen den Schuldner erheben, wie Justinian in der angeführten Novelle selbst sagt: In debitorem tamen principalem, atque res apud ipsam existentes, *sive personalibus, sive hypothecariis, sive ambabus actionibus statim uti voluerit*, omnem licentiam ei damus.

IV. Die hypothekarische Klage geht, in Rücksicht des Gesuchs, eigentlich darauf, zu erkennen, daß dem Kläger an der in Anspruch genommenen Sache ein Pfandrecht zustehe, und diesem gemäß, der Beklagte verurtheilt werde, dem Kläger das Pfand mit allen Zubehörungen herauszugeben, um sich wegen seiner daran habenden Forderung daraus befriedigen zu können[98]). Auf die Bezahlung

nicht undeutlich zu verstehen in den Worten: *aequum putasse Imperatorem.* Kaiser Gordian hat dieses nachher nochmals bestätiget *L.* 1. *Cod. X* 2. *de conveniend. fisci debitor.* Für ein ius prorsus singulare fisci erklären dieß auch BALDUINUS in Iustiniano ad Nov. IV. und NOODT Comm. ad Pand. h. t. §. Tertius pag. 441. Dieses besondere Recht des Fiskus verwandelte nachher Justinian *Nov.* 4. *cap.* 2. in ein gemeines Recht.

98) Papinian sagt *L.* 66. *pr. D. de eviction.* Serviana actio etsi in rem est, nudam tamen possessionem avocat. Daß die hypothekarische Klage auf Zuerkennung der Hypothek geht, lehrt auch Marcian *L.* 16. §. 5. *D. de pignorib.* und *L.* 12. *pr. D. Qui potiores in pignore.*

S. HOFA-

lung der Schuld selbst geht eigentlich die Pfandrechtsklage nicht, allein der Beklagte kann sie leisten, und sich dadurch so gut von der Klage befreien, als wenn er die Sache selbst restituirt. Daher sagt Marcian *L.* 16. §. 3. *h. t.* Si pignus possideat is, cum quo actum est, *et aut pecuniam solvat, aut rem restituat*, — absolvendus est. Ja selbst dann, wenn der Besitzer, er sey, welcher er wolle, der Schuldner oder ein zweyter Pfandgläubiger, oder ein dritter Besitzer, die Zahlung auch nur anbot, und es blos an dem Gläubiger lag, sie anzunehmen, muß er von der Klage entbunden werden, sobald er das Geld deponirt, weil dieses rechtlich für eine Bezahlung gehalten wird, dadurch das Pfandrecht erlöscht, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 12. §. 1. *D. Quibus modis pignus vel hypoth. solvitur.* PAULUS *Lib. V. Responsorum.* Qui pignoris iure rem persequuntur, a vindicatione rei eos removeri solere, *si qualiscunque possessor offere vellet:* neque enim debet quaeri de iure possessoris, cum ius petitoris removeatur, soluto pignore.

L. 19. *Cod. de Usuris.* Imp. PHILIPPUS *A. Hyreniae.* Acceptam mutuo sortem cum usuris licitis creditoribus post contestationem offeras: at si non suscipiant, consignatam in publico depone, ut cursus legitimarum usurarum inhibeatur. — Quo subsecuto, — et ius pignorum tolletur: *cum Serviana*

S. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. § 1934. Schmidt pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 490. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. Th. §. 1899. Gesterding Pfandrecht §. 43.

viana etiam actio manifeste declaret, pignoris inhiberi persecutionem, vel solutis pecuniis, vel si per creditorem steterit, quominus solvantur.

So verpflichtet also die hypothekarische Klage den Beklagten nur bedingt zur Herausgabe der verpfändeten Sache, wenn er nicht die auf der Hypothek haftende Schuld bezahlen will[99]). Es entsteht daher die Frage, ob nicht deswegen das Gesuch dieser Klage alternativ zu fassen sey? Mehrere Rechtsgelehrten[100]) tragen kein Bedenken dieselbe zu bejahen, und glauben, daß diese Meinung nicht nur durch die Geschichte der Praxis, von der ersten Einführung der Pfandrechtsklage an, durch alle Zeitalter hindurch, bis auf die neuesten Zeiten bestätiget werde, sondern daß sie auch auf den bündigsten theoretischen Gründen beruhe. Schon **Cicero**[1]) schrieb an den Proprätor **Thermus**: *Velim cures, ut aut de hypothecis decedat Philotes, easque procuratoribus Cludii tradat, aut pecuniam solvat.* Eben dieses bezeuge **Marcian** von dem Gerichtsbrauche seines Zeitalters in seinem libro singulari ad formulam hypothecariam, woraus die schon oben angeführte *L.* 16. §. 3. *D. h. t.* entnommen ist. Noch deutlicher aber ergebe sich der Gebrauch des alternativen Libells bey der hypothe-

99) S. **Westphal's** Pfandrecht. §. 266.

100) *Simon. Henr.* MUSAEUS Diss. de libello alternativo in actione hypothecaria admittendo. *Kilonii* 1701. und *Io. Guil.* MARCKART Interpretationum receptar. iuris civ. Lectionum Lib. II. Cap. 22. (*Trajecti ad Rhen.* 1747. 8.) pag. 309 — 315.

1) *Ad Familiares* Lib. XIII. Ep. 56.

thekarischen Klage aus dem Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian *L. 2. Cod. Si unus ex pluribus heredibus creditoris*, worin es ganz bestimmt heißt: Cum pignoris vindicatio non personam obliget, sed rem sequatur: qui possident, tenentes non pro modo singularum rerum substantiae conveniuntur, sed in solidum: *ut vel totum debitum reddant, vel eo, quod detinent, cedant.* Zwar sey hier nur von den Erben des Schuldners die Rede, welche in desselben Verbindlichkeiten eintreten, und dessen Person vorstellen; allein es sey zu erwägen, daß sie hier nicht als Erben, sondern als Besitzer des Pfandes belangt würden, mithin sey zwischen ihnen und jedem andern Besitzer kein Unterschied. Der Gerichtsgebrauch des zwölften und dreyzehnten Jahrhunderts aus dem Zeitalter der Glossatoren stimme ferner ganz damit überein. Denn so führe der Pabst Innocenz III. in dem *Cap. 5. X. de pignoribus* einen Fall an, wo eine Frau gegen den dritten Besitzer der ihr wegen ihres Heyrathsguts stillschweigend verpfändeten Güter ihres Ehemanns auf die Restitution des Werths ihres Heyrathsguts, oder Einräumung der Hypothek klagte; und der Pabst instruire, ganz diesem Gesuche gemäß, das richterliche Amt des Bischofs von Aquino, an welchen er deshalb rescribirte, auf folgende Art: cum bona viri mulieri sint pro dote tacite obligata, et cum suo onere transierint ad quemlibet possidentem, R. praedictum eidem mulieri *ad restitutionem dotis* eatenus condemnes, quatenus de bonis fratris sui praefati noscitur possidere. Und Bartolus ad *L. 2. Cod. Si unus ex pluribus heredib.* und ad *L. 41. D.*

de

de pignerat. act. nr. 12. gebe zwey Formulare eines hypothekarischen Klageschreibens aus der Praxis seiner Zeiten an, in welchen das Gesuch theils virtualiter, theils formaliter alternativ eingerichtet ist. In dem ersten lautet es so: *Peto dictum possessorem cogi ad tradendam possessionem dictae rei, detinendam in causam pignoris pro quantitate dicta, donec mihi fuerit satisfactum.* Das andere aber ist so gefaßt: *Peto eum mihi condemnari, ut dictam possessionem restituat, vel totum debitum solvat.* Diese Alternative des hypothekarischen Klagegesuchs bestätigten endlich auch die neuern Practiker, als Carpzov[2]), Brunnemann[3]), Swendendörffer[4]), Schacher[5]), Mynsinger[6]), u. a. m. Die Gründe, welche man aus der Theorie zur Unterstützung dieser Praxis schöpft, sind folgende. Erstens eine Hypothek sey ohne das Daseyn einer Schuld nicht denkbar; sie setze also wesentlich eine persönliche Verbindlichkeit voraus, zu deren Sicherheit sie diene. Schuld und Hypothek verhielten sich daher zu einander, wie das principale zum accessorium, und beyde ständen in einer so unzertrennlichen Verbindung, daß wenn jene getilgt ist, auch diese von selbst erlösche. Daher könne die Herausgabe des Pfan-

2) Iurisprud. for. P. I. Const. 2. Def. 9 und Responsor. Lib. II. Resp. 53. nr. 35.

3) Process. civ. Cap. VIII. nr. 11.

4) Summar. action. forens. Expositio. Cap. II. Membr. 17. Sect. 2.

5) Colleg. pract. Lib. II. Tit. 13 pag. 69. in fin.

6) Observat. Lib. I. Obs. 58. auch CAILL Observat. pract. Lib. I. Obs. 62. nr. 7.

Pfandes mittelst der hypothekarischen Klage anders nicht verlangt werden, als wenn die Bezahlung der Schuld nicht erfolgt. **Marcian** bestätige dieses ausdrücklich, wenn er *L.* 13. §. 4. *D. h. t.* sagt: Etiam si creditor iudicatum debitorem fecerit, hypotheca manet obligata, quia suas conditiones habet hypothecaria actio; id est, *si soluta est pecunia*, aut satisfactum est, *quibus cessantibus tenet.* Warum sollte nun nicht das, was Bedingung der hypothekarischen Klage ist, dem Gesuche derselben angehängt werden können? Zweytens sey keinem Zweifel unterworfen, daß die Hypothek cum suo onere auf jeden Besitzer übergehe. Dieses onus hypothecae bestehe aber nicht blos darin, daß der Besitz derselben dem Gläubiger eingeräumt werde, sondern auch daß die Schuld bezahlt werde, zu deren Sicherheit die Hypothek bestellt worden ist. Denn vor der Bezahlung derselben wird das Pfand nicht befreiet. Wer also die einem Andern verpfändete Sache an sich bringt, er mag es wissen oder nicht, erhält sie mit der darauf haftenden Last, und wird von der Restitution derselben anders nicht frey, als wenn er die Schuld bezahlt. Allein, dieser Gründe ungeachtet, halten dennoch andere [7]) die verneinende Meinung sowohl den Gesetzen, als der Natur der Klage, und der Praxis gemäßer. Es ist hier vor allen Dingen zu erinnern, daß es

7) *Io. Flor.* RIVINUS Diep. de libello in actione hypothecaria rite formando. *Lipsiae* 1706. rec. *Ienae* 1740. *Io. Wolfg.* TRIER Progr. de formula actionis hypothecariae. *Erfordiae* 1738. Adolph Diet. Weber Versuche über das Civilrecht. Nr. II. 3. §. 24. Not. 49. S. 204. f. und *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. II. Obs. 450.

es bey der aufgeworfenen Frage nicht darauf ankommt, ob und in wiefern ein alternatives Gesuch bey der hypothekarischen Klage aus Gründen der richterlichen Billigkeit tolerirt werden könne, sondern die Frage ist, ob das Gesuch bey der hypothekarischen Klage ihrer Natur nach alternativisch einzurichten sey? **Roffredus Beneventanus**, welcher im 13. Jahrhundert lebte, verneinte dieses zuerst in seinem Buche, dem er den Titel *Arbor actionum* gab, und von welchem seine Zeitgenossen, wie **Guido Panzirolus** [8]) bemerkt, das Urtheil fällten, licet non pauca erronea contineat, ob praxin tamen nullus eo utilior liber in iure nostro unquam editus fuisse creditur. Dieser **Roffred** behauptete [9]), daß bey der hypothekarischen Klage der Libell nur auf folgende Art, der Natur der Klage gemäß, gefaßt werde: *Vobis conqueror, reum detinere rem mihi obligatam a Titio debitore meo pro* 10. *libris, quas ipsi mutuavi: inde peto, rem illam mihi restitui.* Ihm pflichteten **Odofredus** [10]), **Wilhelm Durandus** [11]), der *Speculator* genannt, und **Baldus** [12]) bey, welcher letztere jedoch das Gesuch noch bestimmter auf folgende Art ausdrückte: *Quare peto possessorem dictae domus mihi hypothecatae vestra sententia condemnari, ad assignandam vel tradendam mihi possessionem dictae domus.* **Reinhard**

8) De claris Legum interpretibus. Lib. II. c. 28. p. 145. sq.

9) Arb. action. P. I. de actione Quasi Serviana.

10) De libellis formandis. Cap. 6. et 7.

11) Speculum iuris Lib. IV. P. 3. de locato. n. 25.

12) Ad Tit. Institut. de Actionibus §. *Item Serviana.*

hard Bachov [13]) unternahm hierauf zuerst diese Meinung aus theoretischen Gründen zu vertheidigen. Sein Hauptgrund ist der, die hypothekarische Klage ist eine reine Realklage, welche, wie die Kaiser Diocletian und Maximian *L. 2. C. Si unus ex pluribus heredibus* rescribiren, nicht die Person verpflichtet, sondern blos die Sache verfolgt. Sie kann daher, ihrer Natur nach, nicht auf die Bezahlung der Schuld gehen; weil dieser eine persönliche Verbindlichkeit zum Grunde liegt, sondern nur auf Herausgabe der Sache gerichtet werden. Daß sich der Beklagte durch Bezahlung der Schuld von der Klage befreyen kann, ist etwas Zufälliges, welches nicht sowohl in einer Verbindlichkeit desselben, worauf die Klage zu richten sey, sondern vielmehr darin seinen Grund hat, weil durch Bezahlung der Schuld das Pfandrecht erlischt. Dieser einfache Beweis leuchtete nun dergestalt ein, daß nicht nur die Rechtsgelehrten seines Zeitalters, Goswin von Esbach [14]), Heinrich Hahn [15]), Q. Septimus Florens Rivinus [16]), Lauterbach [17]) u. a. m. diese Meinung als in der Theorie mehr begründet annahmen; sondern sie ward auch mit solcher Strenge in die Gerichte eingeführt, daß man besonders in den sächsischen Gerichten nun

13) Notae et Animadvers. ad *Treutlexum* Vol. I. Disput. IV. Th. XI. lit. B. und Tr. de pignoribus. Lib. III. Cap. 12. nr. 8.

14) Ad *Carpzovium* P. I. Const. 2. Def. 9.

15) Ad *Wesenbecium* Tit. de Edendo. n. 4.

16) Specim. Exception. Forens. Cap. 25. nr. 4. sqq.

17) Colleg. th. pr. Pand. Lib. II. Tit. 13. §. 21. et Lib. XX. Tit. 1. §. 76.

nun ein solches Klageschreiben ohne Weiters als unschicklich verwarf, in welchem das Gesuch alternativisch zugleich auf die Bezahlung der Schuld war gerichtet worden, wie Johann Heinrich von Berger[18]) aus mehreren Erkenntnissen der sächsischen Dikasterien und Spruchcollegien gezeigt hat. Daher giebt Johann Balthasar v. Wernher[19]) den Advocaten den Rath, sie sollen ja dahin sehen, daß sie das Gesuch der hypothekarischen Klage gegen den dritten Besitzer auf folgende Art einrichten: daß Beklagter die libellirte Hypothek Klägern so lange, bis er seiner Schuldforderung halber vergnüget, abzutreten und einzuräumen schuldig. Wird freylich gegen den Schuldner selbst geklagt, welcher das Pfand noch in Händen hat, so läßt sich ein alternatives Gesuch auf Bezahlung der Schuld, oder Abtretung des Pfandes vollkommen rechtfertigen. Denn dieses entsteht hier aus der Cumulation der persönlichen Klage mit der dinglichen[20]). Allein gerade diese Cumulation beweißt auch, daß jenes alternative Gesuch der hypothekarischen Klage nicht eigen sey. Denn wozu wäre sonst eine solche Verbindung nöthig? Justinian sagt es auch

18) Supplement ad Electa Disceptation. forens. ad Tit. 5. pap. 1778. S. auch RIVINUS cit. Diss. §. 17. et 18. und *Iust. Henn.* BOEHMER Doctr. de actionibus Sect. II. Cap. III. §. 100.

19) Selectar. Observation. forens. Tom. I. P. I. Obs. 236.

20) *God. Lud.* MENCKEN Introd. in doctr. de actionib. forens. Sect. I. Cap. II. Membr. IX. §. 6. *Io. Henr. Chr.* ERXLEBEN Principia de iure pignorum et hypothecar. §. 312. Weber Versuche S. 204. Not. 49. und HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1233.

auch selbst deutlich genug in der *Nov.* 4. *cap.* 2. In debitorem tamen principalem, atque res apud ipsum existentes, *sive personalibus, sive hypothecariis, sive* AMBABUS ACTIONIBUS *statim uti voluerit*, omnem licentiam ei damus. Wie könnte aber eine solche Verbindung beyder Klagen gegen den dritten Besitzer der Hypothek Statt finden, welchen die persönliche Schuld nicht angeht[21])? Es giebt sogar Fälle, wo nicht einmal gegen den Schuldner selbst, oder dessen Erben die persönliche Klage mit der hypothekarischen cumulirt werden kann. Wie wenn die persönliche Klage gegen den Schuldner verjährt wäre? deswegen kann doch noch die hypothekarische Klage fortdauern[22]), weil diese erst in vierzig Jahren verjährt wird, ob gleich die Hauptverbindlichkeit nach Ablauf von 30. Jahren nicht mehr klagbar ist, genug daß sie an sich nicht aufgehoben ist[23]). Man setze ferner, der Schuldner sey gestorben, und habe mehrere Erben hinterlassen, von denen einer die mir verpfändete Sache besitzt. Wie kann hier die persönliche Klage mit der hypothekarischen verbunden werden, da der Erbe, als Erbe, für die Schuld bloß nach dem Verhältniß seines Erb-

21) §. 1. *I. de Actionib.* *L.* 2. *VII.* 36. *Cod. Si adversus creditorem praescriptio opponat.* Gesterding Pfandrecht §. 43. S. 327.

22) *L.* 2. *Cod. de lutt. pignor.* S. *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. II. cap. 12. nr. 19. et 20. und Weber syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 104.

23) *L.* 7. §. 1. *Cod. de praescript.* 30. *vel* 40. *annor.* S. Weber's angef. Entwickelung §. 110. und 111. und RIVINUS cit. Diss. §. 6.

Erbtheils, aber als Pfandbesitzer in solidum haftet[24])? So gewiß es nun aber auch ist, daß die hypothekarische Klage, ihrer Natur nach, kein anderes Gesuch zuläßt, als dieses, daß dem Kläger an der in Anspruch genommenen Sache ein Pfandrecht zustehe, und daher Beklagter dieselbe dem Kläger zu seiner Befriedigung abzutreten schuldig sey; so wird dennoch nach dem heutigen Gerichtsgebrauche ein libell wegen des alternativ gefaßten Gesuchs auch selbst in dem Falle nicht leicht als inept verworfen, da gegen den dritten Besitzer der Hypothek geklagt wird[25]). Es wird zwar der Beklagte, wie es der Natur der hypothekarischen Klage gemäß ist, zur Herausgabe des Pfandes condemnirt; jedoch wird ihm freygelassen, ob er die darauf haftende Schuld bezahlen wolle[26]). Man rechtfertiget dann das alternative Klagegesuch aus den oben angeführten Gründen; gegen die sich aber freylich noch immer einwenden läßt, daß von dem, was der Beklagte thun kann, kein Schluß auf eine Verbindlichkeit desselben gilt[27]); und daß Marcian gerade darin den Unterschied zwischen der persönlichen Schuldklage und der hypothekarischen setzt, daß nur jene eine Verurtheilung zur Bezahlung nach sich zieht, wenn er *L.* 16. §. 3. *D. h. t.* sagt: Nam si tanti condemnatus

24) RIVINUS cit. Diss. §. 5.

25) RIVINUS cit. Diss. §. 10. et 11. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. III. §. 100. not. d. LEYSER Meditat. ad. Pand. Vol. IV. Spec. CCXXIV. medit. 2. Hofners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 723.

26) MENOKEN Introd. in doctr. de actionib. for. pag. 119. §. 5. et ad Eundem MADIHN not. 318.

27) RIVINUS cit. Diss. §. 24—27.

tus esset, *quantum deberetur*, quid proderat *in rem actio*, cum et *in personam agendo* idem consequeretur? Noch weniger Bedenken findet dann auch die heutige Praxis in dem Falle, wenn gar der Besitzer die auf der Hypothek haftende Schuld beym Kaufe der Sache ausdrücklich übernommen hätte; da durch die Anerkennung der Schuld ein eigenes Factum des Besitzers hinzukommt, welches eine Verbindlichkeit hervorbringt, und ihn zum Schuldner macht [28]).

Hat einer von mehreren Erben des Schuldners, welcher die verpfändete Sache inne hatte, oder einer von mehreren Pfandbesitzern, wegen der Untheilbarkeit des Pfandrechts, dem Gläubiger die ganze Schuld bezahlt; so kann er dafür von dem Gläubiger die Cession seiner Forderung verlangen, um von den übrigen seine Entschädigung pro rata zu erhalten [29]). Zwar wollen einige Rechtsgelehrten [30]) einen Unterschied machen, ob der in An-

28) RIVINUS cit. Diss. §. 9. ERXLEBEN de iure pignor. § 314. not. c.

29) *L. 5 pr. D. de Censibus.* PAPINIANUS *libro XIX. Responsorum.* Cum possessor unus expediendi negotii causa tributorum iure conveniretur, adversus caeteros, quorum aeque praedia tenentur, *ei, qui conventus est, actiones a Fisco praestantur:* scilicet ut *omnes pro modo praediorum pecuniam tributi conferant:* nec inutiliter actiones praestantur, tametsi Fiscus pecuniam suam receperaverit, *quia nominum venditorum pretium acceptum videtur.*

30) *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. XI. Obs. 35. in fin. und im Commentar. in Lib XI. Responsor. Papiniani ad L. 1. §. 2. D. h. t. (*Operum* Tom. I. pag. 482.) *Aut.* FABER

Anſpruch genommene Beſitzer der Hypothek ein gerechter oder ungerechter Beſitzer iſt, und nur in dem erſten Falle den Gläubiger zur Abtretung ſeiner Rechte für verpflichtet halten. Ihr Grund iſt, weil **Scävola** *L.* 19. *D. Qui potiores in pignore* ſagt: Quaero, an, *si ei iustus possessor offerat*, compellendus sit, ius nominis cedere? Respondi, posse videri non iniustum postulare. Allein daß es auf die Qualität des Beſitzers gar nicht ankommt, lehrt **Paulus** ganz beſtimmt, *L.* 12. §. 1. *D. Quibus modis pignus vel hypoth. solvitur*, wo er den Grund anführt: Neque enim debet quaeri *de iure possessoris, cum ius petitoris removeatur, soluto pignore.* Dieſer Grund iſt ganz generell, und hebt den Einwurf, denn man dagegen macht, daß zwar qualiscunque pignoris possessor durch Bezahlung der Pfandſchuld den Gläubiger von ſich entfernen, aber nicht jeder Beſitzer, wenn er nicht ein iustus possessor ſey, den Gläubiger zur Abtretung ſeiner Rechte nöthigen könne. Hierzu kommt noch, daß nach **Papinian's** [31]) Meinung die Bezahlung der Schuld gleichſam als ein Kauf der Forderung des Gläubigers angeſehen wird [32]).

Noch entſteht die Frage, in wiefern die hypothekariſche Klage auf die Reſtitution der **Früchte** gehe? Hier iſt

FABER Cod. Definition. forens. Lib. VIII. Tit. 10. Def. 3. *Io. a* SANDE de Cessione actionum. Cap. VI. nr. 63. et 64. BACHOVIUS Tr. de pignorib. Lib. III. Cap. 14. nr. 4. und **Geſterding** Pfandrecht §. 45. S. 354.

31) *L.* 5. *cit. D. de censibus.*

32) Man vergleiche hier vorzüglich VOET Commentar. ad Pand. Lib. XX. Tit. 4. §. 5. et 6.

ist 1) soviel gewiß, daß die seit dem Anfange des Prozesses gezogenen Früchte dem Gläubiger mit der verpfändeten Hauptsache herausgegeben werden müssen[33]). Soviel hingegen 2) die vorher gewonnenen Früchte anbelangt, so ist ein Unterschied zu machen, ob sie noch vorhanden, oder consumirt sind. In dem letztern Falle da die Früchte aufgezehrt sind, es sey von dem Schuldner selbst, oder von dem dritten Besitzer geschehen, hat der Gläubiger daran keine Ansprüche mehr. In dem ersten Falle hingegen ist wieder darauf Rücksicht zu nehmen, ob schon die Hauptsache zur Befriedigung des Klägers hinreicht, oder nicht. In dem letztern Falle kann der Richter dem Gläubiger auch sogar die Früchte zuerkennen, welche vor Anstellung der Klage gewonnen worden sind. So unterscheidet **Marcian** *L.* 16. §. 4. *D. h. t.* wo es heißt: Interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex: *ut ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet.* Quid enim, si minoris sit praedium, quam debetur? Nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronunciare, *nisi exstent, et res non sufficit*[34]). Allein sollte nicht in Ansehung der **vor erhobener Pfandklage** gezogenen Früchte noch ein Unterschied zu machen seyn, ob gegen den Schuldner selbst

33) Hiervon giebt die *L.* 2. *D. de Usuris et fructib.* den allgemeinen Grund an: *quoniam quale est, cum petitur, tale dari debet*, ac propterea fructus post litem contestatam captos, partumque editum restitui oportet.

34) Man sehe auch *Ulr.* HUBER Praelect iuris civ. ad Pand. h. t. §. 18. BACHOVIUS Tr. de pignorib. Lib. II. Cap. 11. nr. 3. sqq. und Lib. III. Cap. 13. nr. 4. sqq. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandectar. h. t. §. 32. et 77.

selbst, oder gegen den dritten Besitzer der Hypothek geklagt wird? und sollte es bey dem letztern nicht noch darauf ankommen, ob er in bona oder in mala fide ist, das heißt hier, ob er bey der Erwerbung der Sache nicht wußte, daß sie einem Andern verpfändet sey, oder von dieser Eigenschaft der Sache unterrichtet war? So ist es wirklich, wenn man eine Stelle des **Papinian**, nämlich die *L.* 1. §. 2. *D. h. t.* vergleicht, welche aus desselben *Lib. XI. Responsorum* genommen ist. Hier heißt es: Cum praedium pignori daretur, nominatim, ut fructus quoque pignori essent, convenit. *Eos consumtos bona fide emtor utili Serviana restituere non cogetur*: pignoris etenim causam nec usucapione perimi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur. *Quod in fructibus dissimile est, qui nunquam debitoris fuerunt.* Es ist hier von einem dritten Besitzer die Rede, welcher das mit einer Hypothek beschwerte Grundstück bona fide gekauft hatte. Die griechischen Scholiasten [35]) nehmen hier einen

35) *Scholia Basilicor.* Tom. IV. pag. 47. Ἀλλότριον γὰρ ἀγρὸν ὑπέθετο ὁ χρεώστις τῷ δανειστῇ, ὃν ὁ χρεώστις ἄλλῳ ἐπώλησεν, i. e. *Alienum enim fundum creditori debitor obligaverat, quem debitor alii vendidit.* Ihnen folgt auch JENSIUS Strictur. ad Romani iuris Pandectas et Codicem (*Lugd. Batav.* 1764.) pag. 139. BACHOVIUS Tr. de pignorib. Lib. III. Cap. 16. nr. 2. bemerkt zwar, es könnte dagegen eingewendet werden, quod in aliena re pignus non consistat. Allein er begegnet diesem Einwurfe selbst auf folgende Art: Perinde videri, ubi possessor, *qui a debitore causam habet*, dominus factus est, ac si ipsi debitori dominium supervenisset, et ipsemet usucapionem implesset: et ut ipse usucapere maxime non potuerit,

einen solchen Fall an, wo der Schuldner seinem Gläubiger ein fremdes Grundstück verpfändet, und solches nachher wieder einem Andern verkauft hat. Man kann aber auch annehmen, der Schuldner sey Eigenthümer gewesen, und das Grundstück habe ein Dritter von einem Nichteigenthümer bona fide gekauft. Genug der Käufer hatte dasselbe usucapirt. Daß durch diese Usucapion das Pfandrecht des Gläubigers nicht aufgehoben werde, war keinem Zweifel unterworfen. Denn der bonae fidei emtor erwarb das Eigenthum der Sache durch die Usucapion anders nicht, als mit der darauf haftenden Last. Papinian belehrt uns hierüber an einem andern Orte, nämlich *L.* 44. §. 5. *D. de Usurpat. et Usucap.* noch vollständiger, wenn er daselbst sagt: Non mutat Usucapio superveniens pro emtore, vel pro herede, quominus pignoris persecutio salva sit. Ut enim ususfructus usucapi non potest: ita *persecutio pignoris, quae nulla societate dominii conjungitur, sed sola conventione constituitur* [36]), *usucapione rei non perimitur.* Da-

rit, forte quia non habuit bonam fidem, tamen illud hic sufficere debet, quod praebuit debitor possessori causam usucapiendi: atque ita quoad effectum hunc, ut postea confirmetur pignus, prodest creditori, quod reus fuit bonae fidei possessor. Man sehe auch *Christ. Gottl.* GMELIN Commentat. de iure pignoris vel hypoth. quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. §. 42. pag. 145.

36) Es gilt jedoch dieses nicht blos vom Conventionalpfandrecht, sondern von jedem Andern, auch von dem pignus praetorium. Daß auch dieses nicht durch Usucapion der Sache aufgehoben werde, lehren *L.* 12. *XLI.* 4. *D. Pro emtore.* *L.* 2. *pr. D. pro herede.*

Daher rescribirte auch Kaiser **Gordian** *L. 7. Cod. h. t.* Usucapio pignoris conventionem non extinguit. Nur in Ansehung der **Früchte** entstand hier Zweifel. Denn es war ausdrücklich verabredet worden, daß sie mit verpfändet seyn sollten. Nun waren hier zwey Fälle denkbar. Die Früchte sind entweder bey dem Beklagten noch in Natur vorhanden, oder sie sind consumirt. Nur den letztern Fall entscheidet hier **Papinian**, und zwar so, daß diese der bonae fidei emtor zu restituiren nicht verbunden sey. Denn selbst der Eigenthümer würde an denselben keinen Anspruch machen können, weil der bonae fidei emtor an diesen Früchten, welche dem Schuldner nie gehörten, durch die Consumtion ein vollkommenes und unwiderrufliches Eigenthum erworben hat[37]). Wie aber, wenn diese Früchte noch in Natur vorhanden sind? Wäre keine besondere Verpfändung der Früchte geschehen, so würden sie dem Pfandrecht des Gläubigers nicht unterworfen seyn. Zwar meint **Westphal**[38]), es komme bey der Verpfändung eines Grundstücks nicht darauf an, ob dabey der Früchte ausdrücklich Erwähnung geschehen sey, oder nicht, weil dem Gläubiger ein Pfandrecht an den Früchten der verpfändeten Sache schon von Rechtswegen zustehe, auch wenn sie nicht ausdrücklich mit verpfändet sind. Kaiser **Alexander** sage dieses ganz bestimmt in der *L. 3. Cod. VIII. 15. In quibus causis pignus vel hypoth. tacite contrah.* Quamvis fructus pignori datorum praediorum, *etsi id aperte non sit expressum*, et ipsi

37) *L. 40. in fin. D. de acquir. rer. dom. L. 4. §. 19. D. de Usurpat. et Usucap. §. 35. Instit. de Rerum divis.*

38) Pfandrecht §. 17. Not. 33.

ipsi pignori credantur *tacita pactione* inesse: praedia tamen, quae emuntur ex fructuum pretio, ad eandem causam venire, nulli Prudentium placuit. Allein Cujaz[39]), dem auch Anton Schulting[40]) beyſtimmt, belehrt uns hier eines Beſſern, wenn er ſagt: Non sunt fructus omnes fundi tacite pignerat, si conventio non intervenerit, sed ii tantum, qui percipiuntur a debitore, vel herede eius, quia perceptione facti sunt in bonis debitoris. At qui percepti sunt ab alio, veluti a bonae fidei emtore, cui debitor, vel alius fundum creditori obligatum distraxit, non sunt pignori, nisi ex conventione expressa. Sollen alſo die Früchte des verpfändeten Grundſtücks dem Pfandrecht des Gläubigers ſchon von Rechtswegen unterworfen ſeyn, ſo muß ſie der Schuldner oder deſſelben Erbe percipirt haben, ſo daß ſie in deſſen Eigenthum übergegangen ſind. Iſt aber die Sache von dem Schuldner an den dritten Beſitzer veräußert worden, und dieſer hat die Früchte gezogen, ſo kann der Gläubiger darauf keinen Anſpruch machen, wenn ſie ihm nicht ausdrücklich verpfändet worden ſind[41]). Wie nothwendig in dieſem Falle eine ausdrückliche Verpfändung der Früchte ſey, erhellet noch deutlicher daraus, was Paulus ſagt: L. 29.

39) Commentar. in Libr. XI. Responsor. Papiniani ad L. 1. §. 2. D. de pignorib. (*Operum* a FABROTO editorum Tom. I. sive *Papinianus* pag. 480.)

40) Iurisprud. Antejustin. ad *Pauli* Sent. Recept. Lib. II. Tit. 5. §. 2. not. 8. pag. 273.

41) So lehrt auch Schweppe im römiſchen Privatrecht. 1. Bd. §. 306. und §. 311. Man ſehe noch Geſterding Pfandrecht §. 43. S. 323. ff.

L. 29. §. 1. *D. de pignor.* Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, *quae ex his nata sunt*, eodem iure habenda sunt. *Quod tamen diximus, etiam agnata teneri, sive specialiter de his convenerit, sive non, ita procedit, si dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit, vel heredem eius: caeterum si apud alium dominum pepererint, non erunt obligata;* besonders wenn man damit noch die Stelle des Paulus aus *Sententiar. Receptar. Lib. II. Tit.* 5. §. 2. verbindet, wo er sagt: Foetus vel partus eius rei, quae pignori data est, pignoris iure non tenetur, *nisi hoc inter contrahentes convenerit*[42]). Ueberall kann jedoch nur dann von den Früchten der Hypothek die Frage seyn, wenn die Hauptsache zur Befriedigung des Gläubigers nicht hinreicht, in welchem Falle denn auch, wie Bachov[43]) ganz richtig behauptet, auf Restitution des Werths der mala fide consumirten und veräußerten Früchte geklagt werden kann.

Giebt der Beklagte die verpfändete Sache dem Kläger heraus, so kann die Frage von Erstattung der verwendeten Kosten entstehen. Hier ist soviel außer Zweifel, daß wenn der bonae fidei possessor das mit der Hypothek behaftete Haus, welches zu Grunde gegangen war, auf der dazu erkauften Stelle ganz von neuen wieder aufgebauet und hergestellet hat, ihm die Baukosten von dem Kläger ersetzt werden müssen. Hierüber entscheidet ein kla-

42) S. CUJACIUS in Not. ad h. l. *Pauli* (SCHULTING c. l. pag. 273.)

43) Tr. de pignorib. Lib. II. Cap. 11. nr. 4. sqq.

klares Gesetz, welches dem Beklagten deshalb ein Retentionsrecht giebt.

L. 29. §. 2. *D. h. t.* PAULUS libro V. *Responsorum.* Domus pignori data exusta est, eamque aream emit Lucius Titius, et exstruxit. Quaesitum est de iure pignoris? PAULUS respondit, pignoris persecutionem perseverare: et ideo ius soli superficiem secutam videri, id est, cum iure pignoris: *sed bona fide possessores non aliter cogendos creditoribus aedificium restituere, quam sumtus in exstructione erogatos, quatenus pretiosior res facta est, reciperent.*

Anders verhält sich die Sache mit den gewöhnlichen Reparaturkosten. Hier ist nach der Meinung des Africanus in *L.* 44. §. 1. *D. de damno infecto* ein Unterschied zu machen, ob der Beklagte den Besitz des Grundstücks ohne Vertrag, z. B. durch richterliche Immission wegen einer drohenden Gefahr erhielt, oder ob er das Grundstück durch Kauf, oder einen andern Vertrag an sich brachte, bey welchem es ihm möglich war, sich durch Caution sicher zu setzen. Im ersten Falle kann gleichfalls der Beklagte Kostenersatz verlangen, und eher kann ihn der Kläger zur Räumung der Hypothek nicht nöthigen. In dem letztern Falle hingegen kann er keine Vergütung wegen der gehabten Reparaturkosten von dem Kläger fordern. Er muß sie für den Gebrauch der Sache rechnen[44], oder den Regreß gegen seinen Auctor nehmen[45]. Die Worte selbst lauten folgendermaßen.

Damni

44) Arg. *L.* 7. §. 2. *D. de Usufr.*

45) *L.* 34. §. 2. *D. de Eviction.*

Damni infecti nomine in possessionem missus, possidendo dominium cepi: deinde creditor eas aedes pignori sibi obligatas persequi vult: non sine ratione dicetur, nisi impensas, quas in refectionem fecerim, mihi praestare sit paratus, inhibendam adversus me persecutionem. *Cur ergo non emtori quoque id tribuendum sit, si forte quis insulam pigneratam emerit? Non recte haec inter se comparabuntur, quando is, qui emit, sua voluntate negotium gerat: ideoque diligentius a venditore sibi cavere et possit, et debeat: quod non aeque et de eo, qui damni infecti non promittatur, dici potest.* Bachov[46]) und Westphal[47]) haben zwar viel gegen diese Entscheidung des Afrikanus einzuwenden gewußt, letzterer hält sie sogar für durchaus verwerflich; allein ohne hinreichenden Grund[48]).

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß die hypothekarische Klage §. 31. *I. de actionib.* zu denjenigen Klagen gezählet wird, welche actiones arbitrariae genennet werden; bey denen der Kläger, wenn der Beklagte der ihn

46) Cit. Tr. Lib. III. Cap. 18. n. 3. et 4.

47) Pfandrecht §. 134. Not. 158.

48) Man s. *Iac.* CUJACIUS ad Africanum Tract. IX. in L. 44. §. 1. D. de damn. inf. *Io.* VOET Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 4. *Em.* MERILLIUS Comm. ad Tit. D. de reb. cred. L. 25. (in *Thes. Otton.* T. III. pag. 680.) POTHIER Pandect. Iustin. T. III. Lib. XXXIX. Tit. 2. Nr. LXV. not. c. et d. Joh. Christ von Quistorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bemerk. 72. und Schweppe Röm. Privatrecht 1. B. §. 311.

klares Gesetz, welches dem Beklagten deshalb ein Retentionsrecht giebt.

L. 29. §. 2. *D. h. t.* PAULUS libro V. *Responsorum.* Domus pignori data exusta est, eamque aream emit Lucius Titius, et exstruxit. Quaesitum est de iure pignoris? PAULUS respondit, pignoris persecutionem perseverare: et ideo ius soli superficiem secutam videri, id est, cum iure pignoris: *sed bona fide possessores non aliter cogendos creditoribus aedificium restituere, quam sumtus in exstructione erogatos, quatenus pretiosior res facta est, reciperent.*

Anders verhält sich die Sache mit den gewöhnlichen Reparaturkosten. Hier ist nach der Meinung des Africanus in *L.* 44. §. 1. *D. de damno infecto* ein Unterschied zu machen, ob der Beklagte den Besitz des Grundstücks ohne Vertrag, z. B. durch richterliche Immission wegen einer drohenden Gefahr erhielt, oder ob er das Grundstück durch Kauf, oder einen andern Vertrag an sich brachte, bey welchem es ihm möglich war, sich durch Caution sicher zu setzen. Im ersten Falle kann gleichfalls der Beklagte Kostenersatz verlangen, und eher kann ihn der Kläger zur Räumung der Hypothek nicht nöthigen. In dem letztern Falle hingegen kann er keine Vergütung wegen der gehabten Reparaturkosten von dem Kläger fordern. Er muß sie für den Gebrauch der Sache rechnen[44], oder den Regreß gegen seinen Auctor nehmen[45]. Die Worte selbst lauten folgendermaßen.

Damni

44) Arg. *L.* 7. §. 2. *D. de Usufr.*

45) *L.* 34. §. 2. *D. de Eviction.*

Damni infecti nomine in possessionem missus, possidendo dominium cepi: deinde creditor eas aedes pignori sibi obligatas persequi vult: non sine ratione dicetur, nisi impensas, quas in refectionem fecerim, mihi praestare sit paratus, inhibendam adversus me persecutionem. *Cur ergo non emtori quoque id tribuendum sit, si forte quis insulam pigneratam emerit? Non recte haec inter se comparabuntur, quando is, qui emit, sua voluntate negotium gerat: ideoque diligentius a venditore sibi cavere et possit, et debeat: quod non aeque et de eo, qui damni infecti non promittatur, dici potest.* Bachov[46]) und Westphal[47]) haben zwar viel gegen diese Entscheidung des Afrikanus einzuwenden gewußt, letzterer hält sie sogar für durchaus verwerflich; allein ohne hinreichenden Grund[48]).

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß die hypothekarische Klage §. 31. *I. de actionib.* zu denjenigen Klagen gezählet wird, welche actiones arbitrariae genennet werden; bey denen der Kläger, wenn der Beklagte der ihn

46) Cit. Tr. Lib. III. Cap. 18. n. 3. et 4.

47) Pfandrecht §. 134. Not. 158.

48) Man s. *Iac.* CUJACIUS ad Africanum Tract. IX. in L. 44. §. 1. D. de damn. inf. *Io.* VOET Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 4. *Em.* MERILLIUS Comm. ad Tit. D. de reb. cred. L. 25. (in *Thes. Otton.* T. III. pag. 680.) POTHIER Pandect. Iustin. T. III. Lib. XXXIX. Tit. 2. Nr. LXV. not. c. et d. Joh. Christ von Quistorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bemerk. 72. und Schweppe Röm. Privatrecht 1. B. §. 311.

ihn verurtheilenden Sentenz des Richters keine Folge leistet, den ihm durch des Beklagten Ungehorsam oder Gefährde zugefügten Schaden durch seinen Eid schätzen kann [49]). Mittelst dieses Eides bestimmt dann der Kläger den Preis des Pfandes, unter dem er die Sache nicht verkauft haben würde, wenn er selbst Eigenthümer wäre [50]). Hat er auf solche Art, statt der Sache selbst, den Preis derselben, und hierdurch seine völlige Befriedigung erhalten; so steht ihm gegen den Schuldner keine weitere Klage zu; der Schuldner aber kann hier eben so, wie beym Verkaufe des Pfandes, den Ueberschuß (hyperocha) verlangen [51]). Gegen den dritten Besitzer kann er hingegen, als Eigenthümer, nur dann klagen, wenn er bereit ist, demselben das zu erstatten, was derselbe für ihn seinem Gläubiger bezahlt hat [52]).

§. 1084.

49) S. BACHOVIUS Tr. de pignorib. Lib. III. cap. 12. Westphal Pfandrecht §. 267. Not. 297. S. 386.

50) *L.* 16. §. 3. *D. h. t.* *Aut.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LXXVI. Th. 4. u. Gesterdings Lehre vom Pfandrecht. §. 43. S. 327. ff.

51) *L.* 21. §. 3. *D. h. t.*

52) *L.* 28. *D. de pignorat. act.* Es ist in diesem Gesetz von dem Falle die Rede, da dem Gläubiger der Besitz des Pfandes von dem Schuldner zu seiner Sicherheit war eingeräumt worden, welchen derselbe nachher zufällig verlohren hat. Hier kann der Schuldner, wenn auch schon der Gläubiger von dem dritten Besitzer den Werth der Sache erhalten hat, dennoch unter der oben angeführten Bedingung, als Eigenthümer klagen; weil man ihn nicht nöthigen kann, seine Sache, wenn gleich für einen billigen Preis, wider seinen Willen einem Dritten zu überlassen. *L.* 70. *D. de Rei vindicat.* Barth. CHRSIUS Differentiar. iuris Lib. I. cap. 75.

§. 1084.

Unterschied zwischen der hypothekarischen Klage, welche gegen den Pfandschuldner, und welche gegen den dritten Besitzer angestellt wird.

Die hypothekarische Klage ist zwar in jedem Falle, sie mag gegen den Schuldner selbst, oder gegen den dritten Besitzer der Hypothek erhoben werden, als Realklage zu behandeln; es ist indessen nicht zu läugnen, daß doch in beyden Verhältnissen ein mannichfaltiger Unterschied Statt findet, wie sich bereits im vorigen §. gezeigt hat[53]). Hellfeld giebt hier einen dreyfachen Unterschied an.

I. In Rücksicht des Klagegesuchs, welches zwar gegen den Schuldner alternativ, auf Bezahlung der Schuld oder Herausgabe des Pfandes, gegen den dritten Besitzer hingegen nur auf das Letztere gerichtet werden könne. Allein es ist schon oben erinnert worden, daß das alternative Klaggesuch, welches gegen den Schuldner Statt findet, nicht in der Natur der hypothekarischen Klage gegründet, sondern Folge ihrer Verbindung mit der persönlichen Schuldklage sey, und also gegen den dritten Besitzer nur allenfalls dann Statt finden kann, wenn er die Pfandschuld als einen Theil der zu bezahlenden Kaufgelder übernommen hat[54]). Da indessen die heutige Praxis ein alternatives Gesuch auch gegen den dritten Besitzer aus dem Grunde duldet, weil er sich durch Bezahlung der

53) S. KARSTEN Diss. de differentiis hypothecariae actionis contra ipsum debitorem et contra tertium possessorem instituendae. *Rostochii* 1806.

54) *Car. Ferd.* HOMMEL Rhapsod. Quaestion. in foro quotidie obvenient. Vol. V. Obs. 606.

Schuld von allen weitern Ansprüchen des Gläubigers frey machen kann[55]); so kommt dieser Unterschied h. z. T. in keine sonderliche Betrachtung mehr[56]).

II. In Rücksicht der Einrede der Excussion, die dem Kläger entgegengesetzt werden könne. Diese komme nur dem dritten Besitzer, aber nicht dem Schuldner zu statten. Es sey aber doch auch, in Ansehung des dritten Besitzers, sagt Hellfeld, noch ein Unterschied zu machen, ob dem Gläubiger blos eine Specialhypothek zusteht, oder ob er eine Generalhypothek hat, sie sey nun entweder mit einer Specialhypothek zugleich verbunden, oder nicht. In dem ersten Falle könne der Gläubiger den dritten Besitzer der Specialhypothek mit Wirkung belangen, ohne den Hauptschuldner zuerst ausklagen zu dürfen. In dem letztern Falle hingegen könne dem Gläubiger die exceptio excussionis von dem dritten Besitzer entgegengesetzt werden, wenn er gegen denselben klage, ehe er den Hauptschuldner, oder den Bürgen desselben ausgeklagt hat. Allein auch bey dieser Theorie ist Manches zu berichtigen. Es ist vor allen Dingen zu bemerken, daß die Einrede der Excussion, welche insgemein *Beneficium excussionis* oder *ordinis* genennt wird, im Allgemeinen darin besteht, daß der Beklagte verlangen kann, der Kläger solle zuvörderst versuchen, auf einem andern Wege seine Be-

friedi-

55) *L.* 16. §. 3. *D. h. t.* *L.* 6. §. 1. *L.* 12. §. 1. *D. Quib. mod. pignus vel hypoth. solvit.*

56) *Aut.* SCHILTING Theor. controv. Decad. LXXVI. Th. 4. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. 3. §. 109. not. d. und *Christ. Gottl.* HAUBOLD ad *Bergeri* Oecon. juris Lib. II. Tit. 5. Th. 13. not. d. pag. 568.

friedigung zu erhalten, ehe und bevor er seinen Anspruch an der Sache, oder gegen die Person, welche er in Anspruch genommen hat, geltend machen könne [57]). Von dieser Einrede läßt sich nun auf zweyerley Art Gebrauch machen.

1) Wenn der Kläger zuvörderst auf eine andere Sache verwiesen wird, aus welcher er seine Befriedigung suchen müsse, ehe er sich an diejenigen halten könne, welche er wirklich in Anspruch genommen hat.

2) Wenn der Beklagte verlangen kann, daß der Kläger zuvörderst gegen eine andere Person klagen müsse, ehe er ihn belangen könne.

Man theilt hiernach die exceptio excussionis, insofern sie der actio hypothecaria entgegengesetzt werden kann, nicht unrichtig in realem und personalem ein. Soviel nun

1) die exceptio excussionis realis anbetrifft, so läßt sich dieselbe nur in dem Falle gedenken, wenn dem Gläubiger eine allgemeine und besondere Hypothek zugleich ertheilt worden ist, und dann geben die Gesetze das beneficium excussionis nur dem dritten Besitzer, wenn er ein nachgehender Pfandgläubiger ist, dem Sachen, die zur Generalhypothek gehören, speciell verpfändet worden sind. In diesem Falle kann er dem Kläger die Einrede entgegensetzen, daß er vor allen Dingen die Specialhypothek verfolgen müsse, ehe er Sachen zu seiner Be-

57) Leyser Medit. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXXV. medit. 3. Weber Versuche über das Civilrecht II. 2. S. 259. §. 1. und Gesterding Pfandrecht §. 156. S. 340.

friedigung in Anspruch nehmen könne, welche zur Generalhypothek gehören [58]). Einem andern Besitzer hingegen stehe diese Rechtswohlthat so wenig, als dem Schuldner selbst zu, wofern nicht ausdrücklich verabredet worden, daß das übrige Vermögen nur unter der Bedingung haften und angegriffen werden solle, wenn die Specialhypothek zur Befriedigung des Gläubigers nicht hinreichen würde [59]). Weil jedoch die besondere Verpfändung einer Sache neben einer dem Gläubiger zugleich bestellten General-Hypothek für zwecklos gehalten wird, wofern man nicht eine solche Verbindung der allgemeinen mit der speciellen Hypothek nach der vermuthlichen Willensmeinung der Contrahenten so erklärt, daß der Gläubiger vorzüglich aus der Specialhypothek seine Befriedigung suchen solle; so stellen andere [60]) dagegen folgende Regel auch. Der Gläubiger, dem eine allgemeine und besondere Hypothek ertheilt

58) *L. 2. Cod. de pignorib.* Das Gesetz selbst ist schon oben §. 1079. S. 238. ff. angeführt und erklärt worden.

59) *L. 9. Cod. de distract. pignor.* S. *Andr.* MYLII Diss. de exceptione excussionis extraneo possessori competente. *Lipsiae* 1683. Cap. IV. nr. 11. sqq. *Io. Gottl.* SCHAUMBURG, Compendium iuris Dig. h. t. §. 9. Gottl. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1900. Not. 2. Gesterding Lehre vom Pfandrecht. §. 45. S. 345. ff.

60) Weber de pignore tacito subsidiario, oder der stillschweigenden Willenserklärung der Contrahenten bey Verbindung einer allgemeinen und besondern Hypothek, und ob die daher entspringende exceptio excussionis nicht auch dem Schuldner selbst zu statten komme? (in Desselben Versuchen über das Civilrecht S. 117. ff.) Hugo Lehrbuch der Pandekten §. 75. Not. a.

ertheilt worden ist, muß sich vor allen Dingen an die letztere halten, und dann erst, wenn diese zu seiner Befriedigung nicht hinreicht, ist er die zur generellen Hypothek gehörenden Sachen in Anspruch zu nehmen berechtiget. Nach dieser Regel wird denn auch in Beziehung auf die *L.* 9. *Cod. de distract. pignor.* dem Schuldner selbst das beneficium excussionis gestattet, wenn sowohl die General- als Specialhypothek noch in seinen Händen ist [61]). Es ist jedoch davon schon oben [62]) ausführlicher gehandelt worden.

II. Die *exceptio excussionis personalis* anlangend, so kann sich mittelst derselben der dritte Besitzer der Hypothek schützen. Er kann verlangen, daß erst der Hauptschuldner und dessen Erbe, wie auch derjenige, der etwa für den Schuldner sich verbürgt hat, ausgeklagt werde, ehe er, der Beklagte, mit der actio hypothecaria in Anspruch genommen werden könne. Diese Rechtswohlthat der Excussion hat Kaiser Justinian eingeführt in der Novelle 4. Kap. 2. Denn nach dem ältern Recht hatte der Gläubiger die Wahl, ob er zuerst den Schuldner und dessen Erben, oder den Besitzer der Hypothek in Anspruch nehmen wolle [63]). Justinian beziehet sich

61) Thibaut System des Pand. Rechts. 2. B. §. 664. S. 100. und Schweppe Röm. Privatrecht. 1. B. §. 312. a. E. Unter den ältern besonders CARPZOV Iurisprud. for. P. II. Const. 23. Def. 29. und MEVIUS P. II. Decis. 117.

62) S. §. 1079. S. 235—251.

63) Dieses beweisen viele Gesetzstellen ganz klar. *L.* 2. *et* 5. VIII. 41. *Cod. de fideiussor. L.* 19. *XX.* 4. *D. Qui potior. in pignore L.* 14. *L.* 24. *VIII.* 14. *C. de pignor et hypoth. L. fin. Cod. de obligat. et action.*

sich zwar auf einen νομος παλαιος, (antiqua lex) den er wegen der immer in Frage kommenden Fälle zu erneuern und zu verbessern für nöthig geachtet habe, weil er zu unbestimmt gewesen, und daher nicht beobachtet worden sey. Antiquam legem olim quidem latam, usu vero nescimus qua ratione non servatam, quae tamen ob res semper in quaestionem venientes necessaria videtur, revocare et in Rempublicam reducere pulchrum duximus, non ita simpliciter, ut scripta erat, eam ferentes, (*erat enim quaedam illius pars plane non distincta*) sed conveniente atque pia accessione distinguentes, sagt Justinian in der Präfation der gedachten Novelle 4. und im Kap. 1. heißt es nochmals. *Neque enim antiqua lex definitam quandam servandi methodum habuit, quamvis magnus ille* PAPINIANUS *haec primus docuerit.* Allein es ist schwer zu errathen, was dieß für ein Gesetz gewesen seyn soll. Cujaz[64]) will es für ein Gesetz der zwölf Tafeln halten, weil Cicero[65]) an mehreren Orten sage, der Bürge habe nicht belangt werden können, wenn der Schuldner vermögend gewesen sey. Schon Balduin[66]) setzte jedoch dieser Meinung entgegen, der römische Jurist Q. Mucius Scävola, der noch vor Cicero gelebt, habe respondirt, der Bürge könne auch vor dem Hauptschuldner belangt

64) Exposit. ad Nov. IV. Ihm stimmen *Ge.* FRANTZKIUS Variar. Resolution. Lib. I. Resolut. 12. nr. 1. und *Reinh.* BACHOVIUS ad Treutlerum Vol. poster. Dis. XXVIII. Th. V. Lit. C. et D. bey.

65) *Ad Atticum* Lib. XII. Ep. 14. et 17. *et Lib. XVI. Ep.* 15.

66) Iustinianus. Lib. IV. ad Nov. 4. pag. 401.

belangt werden[67]). Das Nämliche läßt sich auch ge eher, als das Gegentheil, aus den Stellen des Cice erweisen, wie Nicol. Hieron. Gundling[68]) ganz d lich gezeigt hat. Man denke überdem nur an der G chen ἐγγύα παρεστι βάτη: *Sponde: noxia praesto tibi*[69]). Und vor dem Servianischen Edict konnte vollends gar keine Frage seyn, ob man vor Anklag des Hauptschuldners den dritten Besitzer der Hypothec Anspruch nehmen könne. Eben so wenig ließ aber d die Strenge des alten Rechts eine solche Begünstig gegen die Bürgen zu, von welcher Sept. Cäcilius Gellius[70]) sagt: *hanc fidem maiores nostros in gotiorum contractibus sanxisse, maximeque in p niae mutuaticiae usu atque commercio.* Franz C Conradi[71]) hält es daher für wahrscheinlicher, Justinian vielleicht die *Lex Petillia Papiria* de ob ratis debitoribus, welche im Jahr der Erb. Roms 4 war gegeben worden, gemeint haben könne. Denn so dieses Gesetz das Loos der Schuldner darin erleichtert h *ut pecuniae creditae bona debitoris, non corpus*

nox

67) *L.* 48. *D. Mandati.* Man sehe noch BALDUINI Juris Muciana. pag. 269.

68) Singularia de beneficio excussionis capita. *M Magdeb.* 1728. Cap. I. §. 4. et 5.

69) *Ios.* SCALIGER ad *Ausonii* ludum Sapientum. *A* MENAGIUS Comm. ad *Diogen. Laertium* Lib. I. Segm. *Sidon.* APOLLINARIS Carm. XV. v. 44.

70) *Noct. Atticar. Lib. XX. cap.* 1.

71) Diss. de beneficio excussionis possessori hypoth specialis non competente. *Helmstadii* 1747. §. 5.

norium esset, wie Livius[72]) erzählt; so sey vielleicht auch noch zu Gunsten der Bürgen verordnet worden, daß sich der Gläubiger zuerst an den Hauptschuldner halten müsse. Allein hierüber möchten wohl die historischen Beweise ganz fehlen, zu geschweigen, daß man selbst über den wahren Sinn und Inhalt der Lex Petillia Papiria noch nicht einmal vollkommen einig ist[73]). Dem sey indessen, wie ihm wolle, so läßt sich doch wenigstens soviel aus der Nov. 4. Kap. 1. nicht undeutlich erkennen, daß die lex antiqua, deren Justinian daselbst gedenkt, nicht den dritten Besitzer der Hypothek, sondern diejenigen betroffen haben müsse, welche für den Hauptschuldner gut gesagt haben. Vielleicht ließ es das alte Gesetz gut seyn, den Schuldner blos gemahnt zu haben, ohne ihn gerade ausklagen zu dürfen, um nun den Bürgen in Anspruch nehmen zu können; wie sich aus *L. 16. §. fin. D. de Fideiussor.*[74]) fast schließen läßt. Vielleicht geschahe dieses auch

72) *Lib. VIII. cap.* 28.

73) S. Dabelow ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger (Halle 1801. 4.) Kap. 4. S. 84. ff. und Schrader über den wahren Sinn der Lex Petillia Papiria; in Hugo civilist. Magazin 5. Bandes 2. Heft. S. 184. ff.

74) Der Ausdruck *appellare debitorem* heißt zwar auch soviel, als den Schuldner gerichtlich belangen. S. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Appellare.* Allein noch öfters heißt es bei den Klassikern soviel als mahnen. CICERO *Orat. Philipp.* II. c. 29. *Ad Atticum* Lib. XV. Epist. 19. *Orat. pro Quinctio* cap. 11. *de Officiis* Lib. I. cap. 25. *Orat. de L. Agraria contra Rullum* II. cap. 36. SENECA *de Beneficiis* Lib. V. cap. 21. MARTIALIS *Lib. VII. Epigr.* 91. u. a. m.

auch nicht einmal mehr in der Folge. Denn die Kaiser Diocletian und Maximian mußten es ja durch *L.* 10. *Cod. de pignorib. et hypoth.* selbst bey der hypothekarischen Klage aufs neue einschärfen, daß die Schuldner, wenn sie gegenwärtig wären, vorher gemahnt seyn müßten, ehe man die Hypotheken gegen die Besitzer derselben verfolgen könne. Und auch in diesem Falle brauchten die Schuldner nicht einmal erst ausgeklagt zu werden, wie ich bereits oben[75]) bemerkt habe. An einen Unterschied, ob der Schuldner gegenwärtig oder abwesend sey, hatte vollends das alte Gesetz gar nicht gedacht, obwohl der große Papinian, wie Justinian sagt, hierauf, und zwar zuerst, aufmerksam gemacht hat. Genug Justinian fand, daß das alte Recht hierin durchaus mangelhaft und auch unbillig war. Er änderte es daher in der angeführten Novelle 4. Kap. 1. u. f. dahin ab, daß der Gläubiger überall erst den Hauptschuldner ausklagen solle, ehe er den Bürgen in Anspruch nehmen, und auch diesen zuvörderst belangen müsse, ehe er seine Hypothek gegen den fremden Besitzer derselben verfolgen könne. Justinian gab dieses neue Gesetz im neunten Jahre seiner Regierung, nach Christi Geburt 535, nicht 539, wie es im Epilog der alten lateinischen Version heißt[76]). Für uns sind hier folgende Worte merkwürdig, welche nach der Hombergkischen Uebersetzung so lauten:

Cap. I.

75) S. §. 1083. S. 328. ff.

76) S. *Pet.* RELANDI Fasti Consulares. *Traj. Batavor.* 1715. pag. 712. und *Abr.* WIELING Iurisprud. Restituta (*Amstelaed.* 1727.) in Indice chronolog. Novellar. Iustin. pag. 167.

Cap. I.

Si quis igitur mutuum dederit, et fideiussorem, aut mandatorem, aut constitutae pecuniae reum acceperit, ille non statim ab initio mandatore, fideiussore, aut constituente conveniat, neque debitore neglecto intercessoribus molestus sit, sed primo eum, qui pecuniam accepit et debitum contraxit, conveniat: et si quidem ab illis acceperit, a reliquis abstineat: quid enim illi cum extraneis rei est, cui debitor satisfecit? Si vero a debitore nec partem nec solidum consequi poterit, quantum ab illo accipere non potuit, pro ea parte cum fideiussore, vel constituente, vel mandatore experiatur, et ab eo reliquum consequatur. Atque haec quidem, sibi utrique, tam principalis debitor quam fideiussor, aut mandator, aut constitutae pecuniae reus praesentes sint, omni modo servenfur etc.

Cap. II.

Sed neque ad res debitorum, si ab aliis detineantur, prius veniat, quam actionibus personalibus contra mandatores et fideiussores et constituentes expertus fuerit. Ac cum ita ad res debitoris principalis ab aliis detentas venerit, earumque detentores convenerit, si nec inde illi satisfactum sit, tunc res fideiussorum et mandatorum et constituentium persequatur. Idem erit dicendum, si hi omnes quosdam sibi obligatos habeant, quique hypothecariis actionibus teneri possint. In debitorem tamen principalem, atque res apud ipsum existentes (sive personalibus, sive hypotheca-

thecariis, sive ambabus actionibus, statim uti voluerit) omnem licentiam ei damus, praedictam a nobis rationem et ordinem in reliquis quoque personis et casibus lege constituentes.

Vergleicht man beyde Stellen mit einander, so ist die Ordnung, welche Justinian dem Gläubiger vorgeschrieben hat, folgende. Zuerst soll der Schuldner oder dessen Erbe; dann zweytens der Bürge, er sey im rechtlichen Sinn von welcher Art er wolle, fideiussor, mandator oder constituens, seu constitutae pecuniae reus, oder dessen Erbe; nächst diesen der Besitzer der von dem Schulder verpfändeten, und zuletzt der Besitzer der von den Bürgen verpfändeten Sachen in Anspruch genommen werden. Auf diese Ordnung können sich nun also Bürgen, und die dritten Besitzer der Hypotheken berufen, und dem Kläger eine Einrede entgegensetzen, wodurch sie die ihnen in diesem Gesetz ertheilte Rechtswohlthat geltend machen, und die deshalb *exceptio excussionis* oder *ordinis* genennt wird [77]). Da jedoch die von Justinian fest-

77) *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Disp. de beneficio excussionis. *Tubingae* 1653. *Antir.* MYLII Disp. de exceptione excussionis extraneo possessori competente. *Lipsiae* 1688. *Franc.* ALEF Diss. de liberalitate Iustiniani Imp. per illiberalem interpretationem in beneficio excussionis nimium mutilata. *Heidelbergae* 1759 *Eb. Christ.* CANZ Diss. sistens quaestiones quasdam de beneficio ordinis seu excussionis. *Tubingae* 1770. *Io Balth.* WERNHER Diss. de beneficio ordinis seu excussionis possessori extraneo adversus creditorem, sive ex generali, sive speciali hypotheca agat, contra spuriam Novellae CXII. Cap. 1. interpretationem competente. *Vitembergae* 1715. *Io. Christoph.* KOCH

festgesetzte Ordnung nur unter verschiedenen Personen Statt findet; so ist dem Gläubiger die Wahl vorbehalten, wenn die persönliche und hypothekarische Klage gegen die nämliche Person wegen derselbigen Schuld angestellt werden kann. Dahin gehört nicht nur der Fall, wenn der Schuldner oder dessen Erbe das Pfand besitzt, sondern auch wenn der Bürge oder desselben Erbe, die von dem Hauptschuldner oder desselben Bürgen zur Hypothek verschriebene Sachen in Händen hat[78]). Hier hat der Gläubiger die freye Wahl, ob er die persönliche oder dingliche Klage anstellen, oder beyde mit einander verbinden wolle. Denn weder der Schuldner, noch der Bürge, wenn ihn die Reihe trifft, hat ein Interesse dabey, dem Gläubiger die exceptio excussionis entgegen zu setzen, weil der Beklagte, wenn er auch mit der hypothekarischen Klage in Anspruch genommen worden ist, dieselbe durch Bezahlung der Schuld, welche ihm hier auf jeden Fall zur Last fällt, eben so gut von sich abwenden kann, als wenn er mit der persönlichen Klage wäre belangt worden. Eben so kann auch von dem beneficio excussionis die Rede in dem Falle nicht seyn, wenn ein nomen verpfändet worden, und der Pfandgläubiger sein Pfandrecht daran durch die ihm deshalb gestattete actio utilis gegen den Schuld-

koch Diss. de beneficio excussionis tertio hypothecae specialis possessori competente ad Nov. IV. et CXII. *Giessae* 1771. und *Frid. Ioach.* schlüter Diss. de beneficio excussionis possessori hypothecae generalis et specialis competente. *Goettingae* 1775.

78) S. koch Diss. cit. §. 5. pag. 11.

Schuldner des Pfandschuldners geltend macht[79]). Denn auch davon abgesehen, daß diese actio utilis nach der richtigeren Meinung nicht die hypothekarische, sondern eine blos persönliche Klage ist[80]); so hat auch hier der Beklagte kein Interesse, wenn, wie hierbey vorausgesetzt wird, derselbe nicht nur überhaupt schuldig, sondern auch diese Schuld schon jetzt fällig ist[81]).

Der Grund des Gesetzes, wornach vor allen andern der Schuldner oder dessen Erben, nachher die Bürgen, oder deren Erben, dann erst die fremden Besitzer der von dem Schuldner verpfändeten, und zuletzt die Besitzer der von den Bürgen verpfändeten Güter in Anspruch genommen werden sollen, wird von einigen[82]) darin gesetzt, damit die Prozesse nicht vervielfältiget werden möchten, weil der Bürge gegen den Hauptschuldner klagen, und eben so der dritte Besitzer der Hypothek seinen Regreß gegen den einen, wie den andern nehmen würde. Allein der Grund des Gesetzes liegt uns näher. 1) Daß der Hauptschuldner noch vor dem Bürgen ausgeklagt werde, ist der Natur der

79) *L.* 20. *D. h. t. L.* 4. *Cod. Quae res pignori. L.* 7. *Cod. de heredit. vel act. vend.*

80) Die Sache ist zwar unter den Rechtsgelehrten streitig. Allein man sehe Gesterding Ueber die Schuldverbindlichkeit als Objekt des Pfandrechts. Greifswald 1812. 8. §. 5.

81) *Ant.* FABER de Erroribus Pragmaticor. Dec. V. Err. 10. *Ge.* FRANTZKIUS Variar. Resolution. Lib. I. Resolut. 12. nr. 71. *Ben.* CARPZOV Decision. P. III. Decis. 268. nr. 6. sqq. Anderer Meinung ist zwar Westphal im Pfandrecht. §. 141. und Not. 165. Allein man sehe Gesterding angef. Abhandlung §. 8.

82) S. FABER c. l. SCHLÜTER Diss. cit. Cap. I. §. 13.

der Sache und der Billigkeit gemäß. Denn da der Bürge, so wie der Constituent, einer fremden Verbindlichkeit blos beytritt, warum soll ihm der Gläubiger beschwerlich fallen, wenn er seine Befriedigung von dem Hauptschuldner eben so leicht erhalten kann? Es ist ja viel natürlicher und billiger, daß er sich zuerst an den halte, dem er creditirt hat, als an den, welcher blos auf den Fall, da dieser nicht Zahlung leisten sollte, gut zu stehen sich verpflichtet hat[83]). Diesen Grund führt Justinian selbst in der Nov. 4. Kap. 1. an. Daß aber 2) der Bürge und Hauptschuldner zuvörderst ausgeklagt seyn müssen, ehe man den dritten Besitzer der von dem Hauptschuldner verpfändeten Sachen in Anspruch nehmen kann, hat wohl seinen Grund darin, weil hier eine Collision von Rechten eintritt; nämlich es treffen hier die Rechte des Gläubigers und die des Besitzers der Hypothek zusammen. Da nun dieser Kampf zum Nachtheil des letztern sich endigen würde, so wollte der Gesetzgeber diesen Nachtheil durch das Beneficium excussionis, so lange es nur möglich ist, von dem fremden Besitzer abgewendet, und dessen Rechte bis zum Nothfall durch eine ihm gegebene Einrede erhalten wissen, wodurch dem Gläubiger sein Recht nicht entzogen, sondern dessen Ausübung nur vor der Hand aufgeschoben wird[84]). Ob dem fremden Besitzer zur Zeit der Erwerbung der Sache die auf derselben haftende Hypothek bekannt war oder nicht, kommt zwar dabey nicht in Be-

83) S. *Io. Lud.* SCHMID Comment. de fideiussore principaliter obligato. *Ienae* 1768. 4. Sect. I. §. 4. sq.

84) S. Gesterding angef. Abhandl. über die Schuldverbindlichkeit als Objekt des Pfandrechts §. 8. S. 59. f.

Betrachtung[85]), weil die Gesetze die Erwerbung einer verpfändeten Sache für kein unerlaubtes Geschäft erklären; allein es ist doch sicher ordnungsmäßiger, denjenigen zuerst zu belangen, welcher sich hauptsächlich oder accessorisch dem Gläubiger verpflichtet hat, als denjenigen, welcher blos, als Besitzer, durch die Folge des dem Gläubiger an der Sache zustehenden dinglichen Rechts verpflichtet wird[86]). Daß endlich 3) die fremden Besitzer der von dem Bürgen verpfändeten Güter nicht eher belangt werden sollen, bevor nicht die fremden Besitzer der von dem Schuldner verpfändeten Sachen sind ausgeklagt worden, scheint wohl in einer Analogie seinen Grund zu haben, nämlich weil auch der Bürge nicht vor dem Hauptschuldner belangt werden kann. Da übrigens die Novelle 4. Kap. 2. zwischen einer General- und Special-Hypothek keinen Unterschied macht, so kann folglich der dritte Besitzer von seiner Rechtswohlthat Gebrauch machen, der Gläubiger verlange die Auslieferung der Sache vermöge eines ihm daran zustehenden allgemeinen Pfandrechts, oder die Sache, welche er verfolgt, sey ihm selbst besonders verpfändet worden[87]). Sechs Jahre nach jener Novelle machte Justinian ein

85) Anderer Meinung sind zwar VOET Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 4. §. 3. und HOFACKER Principia iuris civ. R. G. Tom. II. §. 1236. Allein man sehe Gesterdings angef. Abhandl. §. 8. St. 60. Not. 4.

86) GLUCK Diss. cit. de beneficio excussionis §. 5. pag. 12.

87) BALDUINUS in Iustiniano Lib. IV. pag. 408. (edit. de a. 1596.) will zwar die Nov. 4. Cap. 2. bloß von dem Falle verstehen, da dem Gläubiger eine General-Hypothek zusteht. Allein die Novelle selbst enthält zur Unterstützung dieser Erklärung keinen Grund, wie auch schon KOCH a. a. O. erinnert hat.

ein neues Gesetz bekannt. Es ist die *Nov. CXII.* welche er im funfzehnten Jahre seiner Regierung, nach Christi Geburt 541. promulgirte. Diese Novelle hat die sehr bestrittene Rechtsfrage veranlaßt, ob nicht durch dieselbe die Novelle 4. wieder abgeändert, und dem dritten Besitzer einer Specialhypothek die Rechtswohlthat der Excussion entzogen worden sey? Da die Novelle 112. so verschieden erklärt wird, so wird es nöthig seyn, die Worte derselben, so weit sie die streitige Frage betreffen, vorausgehen zu lassen. Ich werde auch hier der Hombergkischen Uebersetzung folgen.

Praefatio.

Multa quidem *de litigiosis*, tum a sapientibus et antiquis legislatoribus, tum etiam imperialibus constitutionibus, dicta sunt: Impraesentiarum vero iudices quidam Serenitatem nostram rogarunt, ut controversiam hucusque *in eiusmodi causis* in dicasteriis motam decideremus, et leges atque constitutiones *de his* latas clarius explicaremus, ut in posterum extra controversiam sit, quas *res litigiosas* vocari conveniat.

Cap. I.

Propterea sancimus, ut *litigiosa* dicatur et intelligatur *res* (mobilis vel immobilis, vel se movens) de cuius dominio inter actorem et reum quaestio movetur, vel per iudicialem citationem, vel per oblatas Imperatori preces, iudicique insinuatas; et per eum adversario actoris notas factas. Ili his enim speciebus priorem etiam mansuetudinis nostrae constitutionem, in qua scientes et ignorantes emtores discrevimus, post haec valere

valere volumus. Sed et hoc addendum esse perspeximus, si pendente lite *de re litigiosa* reum mori contingat, velintque heredes eius res dividere, ut sine impedimento id ipsis facere liceat. Cum enim *res litigiosae* per successionem ad heredes veniant, harum rerum inter heredes divisio non debet pro alienatione haberi. Illud quoque hac nostra lege sancimus, si unum ex his, qui de rebus illis litigant, ubi ex humanis rebus discedit, per ultimam voluntatem quasdam res, de quarum dominio movetur quaestio, legati nomine alicui relinquere contingat: si quidem heres per sententiam iudicis dominus earum declaretur, ut tum legatarius, quod illi relictum est, omni modo accipiat. Si vero contra heredem sententia in iudicio lata sit, legatarius aliam rem pro eodem legato ab herede exigendi ius non habeat: quia testator, cum *rem litigiosam* esse sciret, litis eventum legatario reliquit. Unde legatario facultatem concedimus, si hoc sibi conducere arbitretur, ut socius fiat litis: ne forte negligentiam quandam, vel proditionem earum heredi possit opponere. Hac vero LITIGIOSI appellatione ut *hypothecae* eximantur, in illisque haec distinctio obtineat, sancimus: *ut, si in rebus singularibus, mobilibus, vel immobilibus, vel se moventibus, nominatim hypothecae constitutae fuerint, debitori quidem, cuicunque et quando velit, eas vendere liceat, ita tamen ut ex earum pretio usque ad debiti quantitatem creditori satisfaciat. Si vero debitor hoc non fecerit, creditori, qui hypothecam in re vendita*

habet, facultatem concedimus illam vindicandi, donec de debito ipsi satisfiat. Haec vero servari volumus, si non eadem res antea, vel speciali nominatim, vel generali hypotheca aliis forte creditoribus obligata fuerit: tunc enim sancimus, ut secundum tenorem legum nostrarum unicuique creditori privilegia temporum serventur. *Unde manifestum est, quod multo minus generales hypothecas* LITIGIOSI *appellatione contineri velimus: sed earum actiones secundum veterum legum definitiones examinari, et vim suam habere praecipiamus.* Et haec quidem *de litigiosis*, et *speciali*, nec non *generali hypotheca*, disposuimus, ut nulla imposterum de his dubitatio in iudiciis oriatur, sed secundum dictam divisionem lites illae terminentur.

Nach dieſer Novelle ſoll nun, wie viele [88]) glauben, dem Inhaber der einem Andern ſpeciell und namentlich verpfändeten Sache die exceptio excussionis wider die gegen ihn angeſtellte hypothekariſche Klage vorzuſchützen nicht mehr geſtattet ſeyn; es ſoll die Wohlthat der Excuſſion nur dem Beſitzer, bey einer General-Hypothek des Gläubigers, zuſtehen. Allein in der Novelle 112. iſt von dem Beneficio excussionis nirgends die Rede, noch weniger

88) *Io.* VOET Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 4. §. 3. *Franc.* BALDUINUS in Iustiniano Lib. IV. pag. 408. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 9. *Io. Ulr. de* CRAMER Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 656. *Aug. a* LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CCLV Cor. 2. und beſonders *Franc. Car.* CONRADI Diss. de beneficio excussionis possessori hypothecae specialis non competente. *Helmst.* 1747.

weniger war es Justinian's Absicht, solches zu beschränken, oder dem Besitzer der Special-Hypothek zu entziehen, wie schon längst Westphal [89]) so gründlich gezeigt hat, daß wohl darüber kein Zweifel mehr entstehen kann. Schon gleich die Präfation belehrt uns, daß Justinian blos die von litigiosis handelnden Gesetze und Verordnungen deutlicher bestimmen wollte, um hierdurch dem Streite ein Ende zu machen, was eigentlich unter dem strafenden Verbote der Veräußerung derselben begriffen sey. Zu dem Ende setzt er erst den Begriff fest. Nur diejenige Sache, sie sey beweglich oder unbeweglich, sey *litigiosa* zu nennen, und dafür zu halten, sagt er Cap. I. über deren Eigenthum zwischen dem Kläger und Beklagten ein Prozeß geführt wird. Er bestätiget dabey zugleich seine frühere Verordnung [90]), welche in Absicht auf die Strafe der Veräußerung zwischen dem wissenden und unwissenden Käufer unterschied. Er fand jedoch für gut noch dieß hinzuzufügen, daß wenn etwa der Beklagte während des Prozesses sterben sollte, der Prozeß über die litigiose Sache die Erbtheilung nicht hindern solle, weil dergleichen Theilung unter den Erben nicht für eine Veräußerung gehalten werden könne. Er verordnete auch noch überdem in dieser Novelle, daß wenn einer von den streitenden Theilen die Sache, über deren Eigenthum der Prozeß geführt wird, einem Dritten als Legat zuwenden wollte, ihm auch dieß nicht untersagt sey. Denn wird nachher der Erbe durch das richterliche Urtheil für den Eigenthümer erklärt, so

89) Pfandrecht §. 278. Not. 309.

90) *L. 4. Cod. de litigiosis.* S. *Christ. Albin.* ZAHN Diss. de litigiosis. *Lipsiae.* 1763. §. 9. et 10.

so erhält dann der Legatar, was ihm vermacht worden ist; wird aber gegen ihn erkannt, so muß auch der Legatar zufrieden seyn, denn etwas anders, als der Ausgang des Prozesses ihm gewährt, kann er nicht verlangen. Indessen soll es dem Legatar frey stehen, an dem Prozesse Theil zu nehmen, wenn er dieß für zuträglich hält, damit er nicht vielleicht dem Erben eine Vernachläßigung oder Einverständniß mit der Gegenpartey zur Last legen dürfe. Die Hauptsache aber ist nun die, daß Hypotheken unter der Vorschrift der Gesetze von litigiosis gar nicht mit begriffen seyn sollen, selbst nicht einmal Special-Hypotheken, sie seyen an einzelnen, beweglichen, oder unbeweglichen, oder sich selbst bewegenden Sachen namentlich bestellt. Der Schuldner mag sie immerhin verkaufen, an wen und wenn er will, dieß sey ihm erlaubt; nur mit dem Unterschiede, daß er aus dem gelößten Werthe den Gläubiger befriedige. Denn thut der Schuldner dieses nicht, so bleibt dem Gläubiger seine Hypothek auf der verkauften Sache und er kann sie gegen den Käufer verfolgen, bis er vollkommen befriediget ist. Jedoch versteht sich's, daß hierdurch den Rechten älterer Pfandgläubiger nichts vergeben werden kann, denen etwa eine Special- oder General-Hypothek an derselben Sache schon gegeben worden ist. Hieraus ergiebt sich nun auch, daß General-Hypotheken noch weniger unter dem Ausdruck *litigiosum* begriffen seyn können; die Klagen aus denselben sollen lediglich nach den Bestimmungen des alten Gesetzes zu beurtheilen seyn, welche nach wie vor ihre Gültigkeit behalten sollen. Hätte wohl hier die Frage, ob Hypotheken unter die Gesetze de litigiosis zu subsumiren, entstehen können, wenn nicht ein solcher Fall anzunehmen wäre, da

derentwegen die hypothekarische Klage schon war angestellet worden, als die Veräußerung derselben vom Schuldner geschahe? Wie offenbar unrichtig ist es daher nicht, wenn Conradi[91]) die Worte: *cui et* QUANDO *voluerit*, so erklärt, die Veräußerung sey nach erhobener Klage, oder schon vorher geschehen; in beyden Fällen sey die Klage gegen den dritten Besitzer der Special-Hypothek begründet, ohne sich auf die Rechtswohlthat der Excussion berufen zu dürfen? Der Sinn ist vielmehr der, die hypothekarische Klage macht die Sache, um deren willen sie erhoben worden ist, keinesweges dergestalt zu einer res litigiosa, daß der Beklagte sie nicht während des Prozesses an einen Andern veräußern dürfte. Denn theils paßt hierauf der Begriff von res litigiosa nicht, theils kommt es ja noch immer darauf an, ob nicht der Schuldner von dem Kaufgelde den Gläubiger befriediget; denn mehr, als seine Befriedigung, kann ja der Gläubiger nicht verlangen. Erhält er aber diese nicht, so kann er nun die einmal in Anspruch genommene Hypothek auch ungehindert gegen den dritten Käufer verfolgen, und die richterliche Hülfe darin vollstrecken lassen, weil die Veräußerung dem Kläger nicht zum Nachtheil gereichen kann. Viele[92]) wollen zwar

91) Das. cit. §. XI. pag. 21.

92) BACHOVIUS Tr. de pignorib. Lib. III. cap. 17. nr. 3. *Ge.* FRANTZKIUS Variar. Resolut. Lib. I. Resolut. 12. nr. 28. und *Jo. Bilth. de* WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 80. et P. V. Obs. 36. und Desselben oben Not. 77. angeführte Dissertat, denen auch Johann Christ. von Quistorp in den Beyträgen zur Erläuterung verschiedener mehrentheils unentschiedener Rechtsmaterien Nr. XII. der 2ten Aufl. Rostock und Leipzig 1787. S. 165. ff. beystimmt.

zwar die Novelle 112. Kap. 1. nur auf dem Fall einschränken, wenn der Käufer von der Beschaffenheit der Sache Wissenschaft gehabt, und gleichwohl für die Befriedigung des Pfandgläubigers von dem Kaufgelde nicht gesorgt habe; allein zu dieser Erklärung ist eben so wenig ein hinreichender Grund in den Worten des Gesetzes enthalten, indem vielmehr die bekannte Regel zum Grunde liegt, lite pendente nihil innovandum. Es läßt sich demnach außer dem Falle, da der Schuldner die von dem Gläubiger in Anspruch genommene Specialhypothek während dem Prozesse veräußert hat, von der Novelle 112. keine Anwendung machen, und es ist daher offenbar unrichtig, daß durch diese Novelle jene frühere, die Novelle 4. abgeändert worden sey, welches gewiß, ohne derselben zu gedenken, nach der bekannten Gewohnheit des Kaisers Justinian, nicht geschehen seyn würde; und diese Meinung hat auch die Auctorität der berühmtesten Rechtsgelehrten [93]) für sich.

Die

93) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. VI. Err. 3. *Conr.* RITTERSHUSIUS Iur. Iustinian. s. Exposit. Novellar. P. III. Cap. 2. in fin. *Io. Nic.* HERTIUS Diss. de differentia pignoris generalis et specialis Cap. V. §. 8. (in *Ej. Commentat.* et *Opusc.* Vol. II. Tom. III. p. 126.) AUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 74. *Ge. Ad* STRUV Synt. iur. civ. P. II. Ex. XXVI. Th. 38. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XX Tit. 1. Qu. 14. *Frid. Es. de* PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 67. Westphal Pfandrecht §. 278. *Io. Henr. Christ.* ERXLEBEN Princip. de iure pignorum. §. 318. *Io. Christph.* KOCH Diss. cit. de beneficio excussionis. §. 8. sqq. *Christ. Gottl.* HAUBOLD ad *Bergeri* Oeconom. iuris Lib. II. Tit. 5. Th. 13. Not. 4. e.) pag. 568. *Car. Chrisph.* HOFACKER

Die Wohlthat der Excussion fällt jedoch weg, 1) wenn der Schuldner so wenig, als desselben Bürge, im Stande ist, den Gläubiger, weder ganz noch zum Theil, zu befriedigen: oder 2) wenn wegen ihrer Entfernung der eine, wie der andere, schwer zu belangen ist[94]). *Durum enim est*, sagt Justinian *Nov. IV. Cap. 1.* creditorem *alio* mittere. So wie also, sobald der Schuldner nicht füglich in seinem ordentlichen Gerichtsstande auf dem ordentlichen Wege ausgeklagt werden kann, dem Bürgen die exceptio excussionis nicht zu statten kommt[95]); so fällt sie auch bey dem dritten Besitzer der Hypothek weg, wenn der Schuldner, oder im Falle etwa ein Bürge noch für die Schuld wäre bestellt worden, auch dieser, nicht ohne Nachtheil des Gläubigers, in einem fremden Gericht belangt werden müßte[96]). 3) Wenn der Gläubiger den Besitz des Pfandes erhalten, und solchen etwa wieder verloren hat[97]). Denn war ihm das Pfand vom Schuldner tra-

ACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1235. Not. d. Gesterding Pfandrecht. §. 45. S. 341. f. u. a. m.

94) S. Quistorp Beyträge a. a. O. S. 174. folg. Gesterding Pfandrecht S. 342. f.

95) Weber's systemat. Entwick. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 115. Not. 8. S. 500.

96) Nicht jede Abwesenheit des Schuldners schließt das Beneficium excussionis aus. S. *Aug. Frid.* SCHOTT Diss. An absentia debitoris principalis sub aliena iurisdictione commorantis sit hodie iusta causa fideiussorem ordinis beneficio privandi? *Lipsiae* 1773. Struben rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 20. CARZ Diss. cit. de beneficio ordinis s. excussionis. §. 17.

97) *Ge.* FRANTZKIUS Variar. Resolut. Lib. I. Quaest. 12 at.

trabirt, so ist die Klage gegen den Besitzer begründet, wenn auch der Schuldner noch nicht ausgeklagt werden kann[98]; weil dem Gläubiger die exceptio doli entgegen stehen würde, wenn er auf die Bezahlung der Schuld klagen wollte, ohne dem Schuldner das Pfand zurückzugeben[99]. Hatte er aber das Pfand durch richterliche Immission, als ein pignus iudiciale, erhalten, so war der Schuldner schon ausgeklagt; und war dem Gläubiger ein pignus praetorium rei servandae causa bestellt; so ist ja dieses ein Beweis, daß der Schuldner sich nicht vor Gericht gestellt hatte, oder sich gar nicht sehen ließ, um ihn belangen zu können[100].

Die übrigen Ausnahmen, welche die Rechtsgelehrten hier noch hinzuzufügen pflegen, sind meistens ungegründet. Man sagt nämlich a) das beneficium excussionis falle weg, wenn der Hauptschuldner, so wie der Bürge, ipso iure nicht belangt werden könne, weil die Verbindlichkeit, aus welcher die Schuld herrührt, eine blos natürliche nicht klagbare Verbindlichkeit ist[1]. Allein wie kann hier die hypo-

nr. 38. et 39. BACHOV Tr. de pignorib. et hypoth. Lib. III. Cap. 17. nr. 4. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 75. nr. IV. Gesterding Pfandrecht §. 45. S. 342. Anderer Meinung sind zwar *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. VI. Err. 3. und ERXLEBEN Princip. de iure pignor. §. 317. not. b. Allein auf diesen Fall geht offenbar die Nov. 4. nicht.

98) *L.* 14. *pr. D. h. t.*

99) *L.* 4. §. 8. *D. de doli mali et metus except.*

100) *L.* 2. *Cod. de praetorio pignore.* S. §. 1080. S. 252.

1) FRANTZKIUS c. l. nr. 80. DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XII. c. 5. LAUTERBACH c. l. §. 75. nr. I. und BACHOV c. l. Cap. 17. nr. 8.

hypothekarische Klage Statt finden, wo die Hauptschuld selbst nicht klagbar ist? Es kann zwar, wie auch schon an einem andern Orte bemerkt worden ist, auch wegen einer blos natürlichen Verbindlichkeit ein an sich gültiges Pfandrecht bestellt werden; es finden aber deshalb nur diejenigen Rechtsmittel Statt, welche dem Gläubiger wegen der Hauptschuld zustehen. Das Pfandrecht giebt daher in einem solchen Falle zwar dem Gläubiger ein Retentionsrecht, er kann sich auch, wenn er das Pfand in Händen hat, daraus bezahlt machen[2]; allein daß der Gläubiger auch mittelst einer Klage das Pfand verfolgen könne, wenn die Hauptschuld selbst nicht klagbar ist, sagen die Gesetze nirgends[3]. Die exceptio excussionis findet nun zwar freilich hier nicht Statt. Denn wie kann der Besitzer der Hypothek den Gläubiger an den Schuldner verweisen, gegen den der Gläubiger keine Klage hat? Allein die Einrede der nicht zustehenden Klage ist es, welche ihm hier zu statten kommt. Der Beklagte könnte ja verlangen, daß ihm bey Räumung der Hypothek die Klage gegen den Schuldner abgetreten werde[4]; wie ist dieß aber dem Gläubiger möglich, wenn ihm selbst keine Klage gegen den Schuldner zusteht?

Man will ferner b) dem dritten Besitzer der Hypothek die Einrede der Excussion versagen, wenn er zur Zeit der Erwerbung der Sache von dem darauf haftenden Pfandrecht

2) *L.* 11. *Cod. de usuris.* *L.* 101. §. 1. *in fin. D. de Solution.*

3) *L.* 2. *D. Quae res pignori.* S. Webers Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 107.

4) *L.* 19. *D. Qui potior. in pignore.*

recht Wissenschaft gehabt hat[5]). Allein auch diese Annahme ist ganz ungegründet. Denn die Gesetze verbieten, ja dem Schuldner die Veräußerung der Hypothek nicht[6]), es kann also auch die Erwerbung derselben an sich nicht unerlaubt seyn[7]).

c) Dem dritten Besitzer soll die Ausflucht der Excussion auch alsdann nicht zustehen, wenn er sich ohne einen rechtmäßigen Titel im Besitz befindet[8]). Allein, das Gesetz sagt ganz allgemein: Sed neque ad res debitorum, *si ab aliis detinentur*, prius veniat, quam actionibus personalibus contra mandatores et fideiussores et constituentes expertus fuerit. Ferner heißt es: Ac cum ita ad res debitoris principalis *ab aliis detentas* venerit, *earumque detentores convenerit*. Aus diesen Worten läßt sich wenigstens nicht schließen, daß der Beklagte gerade ein iustus possessor seyn müsse, wenn er von der exceptio excussionis solle Gebrauch machen dürfen. Allein, sagt man, es wäre ja absurd anzunehmen, der Gesetzgeber habe einen ungerechten Besitz durch Ertheilung eines Beneficii begünstigen wollen! Dieser Grund hat allerdings vielen Schein; es fragt sich aber, ob der Gläubiger, der nicht Eigenthümer ist, sondern nur sein

5) VOET Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 4. §. 3. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1236. MALBLANC Princip. iur. Rom. §. 580.

6) *L. un. C. Rem alienam gerentib. non interdici rer. suar. alienation. L.* 12. *Cod. de distract. pignor.*

7) Gesterding über die Schuldverbindlichkeit als Objekt des Pfandrechts. §. Not. 4. S. 60. f.

8) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticorum Dec. VI. Err. 3. und Gesterding Pfandrecht a. a. O. S. 242. Nr. 4.

sein Pfandrecht verfolgt, über das Recht des Besitzes mit dem Beklagten zu streiten befugt sey? Sagen denn nicht die Gesetze [9]) ausdrücklich: *Adversus extraneos etiam vitiosa possessio prodesse solet?* Es ist zwar diese Stelle aus des Venuleius *libro V. Interdictorum* genommen, und bezieht sich zunächst auf die Interdicte. In dieser Beziehung sagt auch Paulus *L. 2. D. Uti possidetis:* IUSTA enim an INIUSTA *adversus extraneos* vitiosa possessio sit, in hoc Interdicto nihil refert: qualiscunque enim possessor hoc ipso, *quod possidet*, plus iuris habet, quam ille, qui non possidet. Allein man kann doch füglich so schließen, gilt auch eine iniusta possessio gegen einen Dritten, von dem der Besitzer seinen Besitz nicht erhielt, so gut als eine iusta, und soll sie sogar gegen einen solchen extraneus durch Interdicte geschützt werden, warum sollte sich nicht auch der Besitzer wider einen solchen Gegner vor der Hand mit einer Einrede darin schützen können, da die Gesetze immer eher eine Einrede, als eine Klage gestatten? Der Besitz kann ja auch an sich, ohne alle Rücksicht auf seine eigene Rechtlichkeit, der Grund von Rechten seyn. Daß es aber auch wirklich bey der hypothekarischen Klage auf die Beschaffenheit des Besitzes des Beklagten gar nicht ankomme, lehren die Gesetze ganz bestimmt. Jeder Besitzer, er sey iustus oder iniustus, kann sich durch Bezahlung der Pfandschuld von dieser Klage befreyen. Neque enim debet quaeri *de iure possessoris*, cum ius petitoris removeatur, soluto pignore, sagt Paulus *L.* 12. §. 1. *D. Quib-*

9) *L. ult. D. de acquir. vel amitt. posses. L. 1. §. ult. D. Uti possidetis.*

Quib. mod. pignus vel hypotheca solvitur. Haftet also der Beklagte, auch als Besitzer, doch im äussersten Falle nur für die Bezahlung der Pfandschuld, so kann er auch, ohne Rücksicht auf seinen Besitz, gewiß nicht schlechter gehalten seyn, als ein Bürge. Ich halte daher aus diesen Gründen die Ausschließung der exceptio excussionis in diesem Falle für ungerecht, zumal da, wie auch Westphal [10]) bemerkt, diese Einrede eine dilatorische ist, oder vielmehr zu den vermischten Einreden gehört, welchen vor allen Dingen abgeholfen werden muß, ehe dem Beklagten die Aufnehmung des Prozesses zugemuthet werden kann [11]). Die replicatio iniustae possessionis kann hier darum nicht berücksichtiget werden, weil sie das Recht eines Dritten betrifft. 4) Soll es nicht dem mindesten Zweifel unterworfen seyn, daß derjenige, welcher die verpfändete Sache vermöge einer Schenkung, oder aus einer andern causa lucrativa besitzt, auf das beneficium excussionis keinen Anspruch machen könne [12]). Allein wie paßt der Grund, daß der Schenker dem Beschenkten zu keiner Evictionsleistung verpflichtet sey [13]), auf die Einrede der Excussion? Der Schuldner konnte zwar durch Verschenkung der verpfändeten Sache dem Rechte des Gläubigers eben so wenig vergehen, als durch den

10) Pfandrecht §. 277. Not. 308. a. E.

11) S. Christ. Wilh. Wehrn Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen in bürgerlichen Streitsachen. §. 9.

12) *Jo. Henr. de* BERGER Oecon. iuris. Lib. II. Tit. 5. Th. 13. not. 5. und von Quistorp Beyträge Nr. XII. S. 175. der zweyten Auflage.

13) *L.* 62. *D. de aedilit. Edicto. L.* 18. §. *ult. D. de donat.*

den Verkauf derselben, sondern es heißt auch hier res donata cum sua causa transit. Allein dem Beschenkten die Ausflucht der Excussion versagen, hieße ja eben so viel, als den Widerruf der Schenkung der Willkühr des Schuldners unterwerfen. Haftet doch auch sogar der donator rei alienae für den Dolus. Endlich 5) soll auch dann das beneficium excussionis wegfallen, wenn der Concurs wider den Schuldner eröfnet worden ist; denn dieß sey ein Beweis, daß der Schuldner nicht solvend sey[14]). Allein da dieses noch nicht beweißt, daß auch der Gläubiger, welcher aus diesem Grunde den dritten Besitzer, mit Uebergehung des Schuldners, in Anspruch genommen hat, bey dem Concurse leer ausgehen werde; so kann allerdings auch hier der Gläubiger zuvörderst an den Concurs verwiesen werden, er könnte denn beweisen, daß er seine Befriedigung aus der Masse, nach der Beschaffenheit derselben durchaus nicht erhalten werde[15]); und dann würde nicht der ausgebrochene Concurs, sondern die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners der Grund der Ausschließung jener Ausflucht seyn[16]).

§. 1085.

Von dem Beweise bey der hypothekarischen Klage.

Daß bey der hypothekarischen Klage in jedem Falle der Grund derselben, nämlich daß dem Kläger an der in Anspruch genommenen Sache ein Pfandrecht zustehe, erwiesen werden müsse, lehrt die Natur der Klage, und eben

14) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CCXXV. Cor. 1.

15) ERXLEBEN Princ. de iure pignor. §. 319.

16) Gesterding Pfandrecht. S. 343.

eben dieses verordnen auch ausdrücklich die Gesetze [17]). Der Beweis des zuständigen Pfandrechts muß aber auf den rechtlichen Entstehungsgrund desselben gerichtet werden [18]). Eben so wird dann auch zur Begründung der Klage, als nothwendige Bedingung derselben, der Beweis erfordert, daß die dem Kläger verpfändete Sache sich in dem Besitz des Beklagten befinde [19]). Es ist jedoch in Ansehung des Beweises ein wichtiger Unterschied, ob die Klage gegen den Verpfänder selbst, und dessen Erben, oder ob sie gegen den dritten Besitzer der verpfändeten Sache angestellt wird. In dem ersten Falle braucht der Kläger im Läugnungsfalle weiter nichts, als die geschehene Verpfändung, und den Besitz der Sache bey dem Beklagten zu erweisen. Anton Faber [20]) meint zwar, es müsse auch das Eigenthum des Schuldners bewiesen werden, weil die Gesetze [21]) ohne Unterschied sagten creditorem probare debere, *rem eo tempore, quo convenit de pignore, in bonis debitoris fuisse.* Allein gesetzt,

17) *L.* 23. *D. de probat. L.* 15. *in fin. Cod.* de pignorib. BACHOVIUS de pignor. Lib. III. cap. 11. Gesterding Pfandrecht. §. 44.

18) MEVIUS Introduct. in doctr. de actionib. Part. II. Sect. I. Cap. II. Membr. IX. §. 10. und MADIHN ad *Eundem* not. 322.

19) *L.* 16. §. 3. *D. h. t.* Dem Beklagten kann über diesen Umstand, daß er die verpfändete Sache besitze, im Läugnungsfalle der Eid zugeschoben werden. S. HOMMEL Rhapsod. Quaestion in foro quotidie obvenient. Vol. I. Obs. 155.

20) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. LXIII. Er. 1. et 3.

21) *L.* 15. §. 1. *D. h. t. L.* 23. *D. de probat.*

gesetzt, der Beklagte wollte einwenden, er sey zur Zeit der geschehenen Verpfändung nicht Eigenthümer, und also auch nicht befugt gewesen, ein Pfandrecht zu bestellen, so würde er ja auf eine unredliche Art sein eignes Factum anfechten, und ihm daher die replicatio doli entgegen stehen [22]). Es kommt dann auch nichts darauf an, der Schuldner habe zur Zeit der Verpfändung gewußt, daß die zum Unterpfand gesetzte Sache eine fremde Sache sey, oder nicht, wenn nur der Gläubiger in bona fide war [23]). Wenn hatte es dieser gleich Anfangs gewußt, daß die Sache einem Dritten gehöre, so steht ihm auch nicht einmal die actio hypothecaria utilis gegen den Verpfänder zu, wenn auch derselbe in der Folge Eigenthümer geworden wäre [24]). Eben so ist es, wenn der wahre Eigenthümer

22) *L.* 41. *D. de pignerat. act.* Verb. Sed si convenisset de pignore, et *ex suo mendacio arguatur*, improbe resistit, quominus utilis actio moveatur. S. den 14. Th. dieses Commentars §. 863. S. 33. Ferner *L.* 21. §. 1. *D. h. t.* — doli replicatione exceptionem elidet. S. auch *Pet.* FABER Semestrium Lib. II. cap. 17. §. *Consequens est.* pag. 279. VOET Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 4. §. 7. Westphal Pfandrecht §. 270. Not. 300. *Christ. Gottl.* GMELIN Commentat. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. §. 14. pag. 44. sqq. ERXLEBEN Princip. de iure pignorum §. 318. BRACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1232. Gesterding Pfandrecht §. 44. S. 331. ff.

23) S. den 14. Th. dieses Commentars §. 863. Not. 84. S. 28.

24) *L.* 1. *pr. D. h. t. L.* 5. *Cod. Si aliena res pignori data.* S. den 14. Th. a. a. O. Nr. II. S. 28. ff.

eben dieses verordnen auch ausdrücklich die Gesetze [17]). Der Beweis des zuständigen Pfandrechts muß aber auf den rechtlichen Entstehungsgrund desselben gerichtet werden [18]). Eben so wird dann auch zur Begründung der Klage, als nothwendige Bedingung derselben, der Beweis erfordert, daß die dem Kläger verpfändete Sache sich in dem Besitz des Beklagten befinde [19]). Es ist jedoch in Ansehung des Beweises ein wichtiger Unterschied, ob die Klage gegen den Verpfänder selbst, und dessen Erben, oder ob sie gegen den dritten Besitzer der verpfändeten Sache angestellt wird. In dem ersten Falle braucht der Kläger im Läugnungsfalle weiter nichts, als die geschehene Verpfändung, und den Besitz der Sache bey dem Beklagten zu erweisen. Anton Faber [20]) meint zwar, es müsse auch das Eigenthum des Schuldners bewiesen werden, weil die Gesetze [21]) ohne Unterschied sagten creditorem probare debere, *rem eo tempore, quo convenit de pignore, in bonis debitoris fuisse.* Allein

gesetzt,

17) *L.* 23. *D. de probat. L.* 15. *in fin. Cod.* de pignorib. BACHOVIUS de pignor. Lib. III. cap. 11. Gesterding Pfandrecht. §. 44.

18) MEVIUS Introduct. in doctr. de actionib. Part. II. Sect. I. Cap. II. Membr. IX. §. 10. und MADIHN ad *Eundem* not. 322.

19) *L.* 16. §. 3. *D. h. t.* Dem Beklagten kann über diesen Umstand, daß er die verpfändete Sache besitze, im Läugnungsfalle der Eid zugeschoben werden. S. HOMMEL Rhapsod. Quaestion in foro quotidie obvenient. Vol. I. Obs. 155.

20) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. LXIII. Er. 1. et 3.

21) *L.* 15. §. 1. *D. h. t. L.* 23. *D. de probat.*

gesetzt, der Beklagte wollte einwenden, er sey zur Zeit der geschehenen Verpfändung nicht Eigenthümer, und also auch nicht befugt gewesen, ein Pfandrecht zu bestellen, so würde er ja auf eine unredliche Art sein eignes Factum anfechten, und ihm daher die replicatio doli entgegen stehen [22]). Es kommt dann auch nichts darauf an, der Schuldner habe zur Zeit der Verpfändung gewußt, daß die zum Unterpfand gesetzte Sache eine fremde Sache sey, oder nicht, wenn nur der Gläubiger in bona fide war [23]). Wenn hatte es dieser gleich Anfangs gewußt, daß die Sache einem Dritten gehöre, so steht ihm auch nicht einmal die actio hypothecaria utilis gegen den Verpfänder zu, wenn auch derselbe in der Folge Eigenthümer geworden wäre [24]). Eben so ist es, wenn der wahre Eigen-

thümer

22) *L.* 41. *D. de pignerat. act.* Verb. Sed si convenisset de pignore, et *ex suo mendacio arguatur*, improbe resistit, quominus utilis actio moveatur. S. den 14. Th. dieses Commentars §. 863. S. 33. Ferner *L.* 21. §. 1. *D. h. t.* — doli replicatione exceptionem elidet. S. auch *Pet.* FABER Semestrium Lib. II. cap. 17. §. *Consequens est.* pag. 279. VOET Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 4. §. 7. Westphal Pfandrecht §. 270. Not. 300. *Christ. Gottl.* GMELIN Commentat. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. §. 14. pag. 44. sqq. ERXLEBEN Princip. de iure pignorum §. 311. HUBACKEN Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1232. Gesterding Pfandrecht §. 44. S. 331. ff.

23) S. den 14. Th. dieses Commentars §. 863. Not. 83. S. 28.

24) *L.* 1. *pr. D. h. t. L.* 5. *Cod. Si aliena res pignori data.* S. den 14. Th. a. a. O. Nr. II. S. 28. ff.

thümer, ohne dessen Einwilligung die Verpfändung geschahe, nachher des Pfandschuldners Erbe ward [25]). Den Beweis des Besitzes betreffend, so sind zwar viele [26]) der Meinung, daß dieser unnöthig sey, wenn gegen den Verpfänder selbst geklagt wird, weil der Besitz der Hypothek beym Schuldner vermuthet werden müsse. Allein in den Gesetzen ist wenigstens diese Vermuthung nicht gegründet [27]).

Wird hingegen wider den dritten Besitzer der Hypothek geklagt, so lassen sich wieder folgende Fälle gedenken. I. Er besitzt die Sache auch nur als Pfandgläubiger; und dann kommt es darauf an, 1) ob beyde Theile, der Kläger und Beklagte, ihr Pfandrecht von demselben Verpfänder herleiten. Auch hier braucht der Kläger das Eigenthum des Verpfänders nicht darzuthun, sondern er darf nur beweisen, daß sein Pfandrecht älter sey. Denn auch hier kommt es gar nicht darauf an, ob der Verpfänder Eigenthümer war, oder nicht, wenn nur der Kläger in bona fide war, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 12. pr. D. Qui potiores in pign. MARCIANUS *libro singulari ad formulam hypothecariam.* Creditor, qui prior hypothecam accepit, sive possideat eam, et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio

25) *L.* 41. *D. de pignor act.* Verb. Non et idem dicendum. S. den 14. Th. S. 39. f.

26) Westphal Pfandrecht §. 270. KIND Quaest. for. T. I. Cap. 49. GÜNTHER Princip. iur. Rom. privati noviss. Tom. II. §. 698.

27) S. Gesterding §. 44. S. 336. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1897.

ceptio priori utilis est, *si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata:* sive alio possidente, prior creditor vindicet hypothecaria actione, et ille excipiat, *si non convenit, ut sibi res sit obligata*, hic in modum supra relatum replicabit.

L. 14. *D. eodem.* PAULUS *libro XIV. ad Plautium.* Si *non dominus* duobus eandem rem diversis temporibus pigneravit, prior potior est: quamvis, si *a diversis non dominis* pignus accipiamus, possessor melior sit[28]).

2) Sie leiten ihr Pfandrecht von verschiedenen Constituenten ab. Hier muß der Kläger, auſſer dem Factum der Verpfändung, noch beweiſen, daß ſein Verpfänder Eigenthümer geweſen ſey. Iſt nun der Beklagte nicht auf gleiche Weiſe das Eigenthum ſeines Verpfänders zu beweiſen im Stande, ſo muß er weichen, und dem Kläger das Pfand abtreten. Hat hingegen der Beklagte eben ſoviel dargethan, als der Kläger, ſo hat erſterer als Beſitzer den Vorzug, und der Kläger muß daher mit der Klage abgewieſen werden. Dieß gilt auch in dem Falle, wenn beyde Theile ihr Pfandrecht von verſchiedenen Nichteigenthümern erhalten haben, wie die vorhin angeführte *L.* 14. *D. Qui potior. in pign.* beweiſet[29]).

28) Verbindet man damit *L.* 9. §. 4. *D. de Publiciana in rem actione*, ſo ergiebt ſich, daß man hier die Grundſätze von der actio in rem publiciana auf das Pfandrecht angewendet habe. S. Geſterding S. 338. f.

29) S. Weſtphal Pfandrecht. §. 271.

II. Der dritte Besitzer maßt sich das Eigenthum an. Hier sind wieder zwey Fälle denkbar. 1) Der Beklagte ist ein solcher, der sein ganzes Recht von dem Schuldner oder Verpfänder ableitet, (reus conventus *causam habet* a debitore). Hier behaupten die meisten [30]), der Gläubiger brauche zwar nicht das Eigenthum des Verpfänders zu beweisen, aber er müsse doch wenigstens soviel darthun, daß der Schuldner die verpfändete Sache zur Zeit der Verpfändung in bonis gehabt, das ist, die Sache rechtmäßig, als die seinige, besessen habe. Allein räumt der Beklagte ein, daß er die Sache von dem Schuldner erhalten habe, welche der Kläger mit der hypothekarischen Klage in Anspruch nimmt, so darf der Kläger nur das Factum der Verpfändung beweisen, worauf der Beklagte zur Herausgabe des Pfandes verurtheilt werden muß. Denn der Schuldner konnte mit eben dem Rechte die Sache seinem Gläubiger verpfänden, mit welchem er sie nachher an den Besitzer veräussert hat. Da also beydes die Verpfändung und Veräusserung besteht, so muß erstere jeder Besitzer anerkennen, welcher sein Recht von dem Verpfänder ableitet [31]). Wenn hingegen 2) der dritte

30) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad VI. Err. 5. in fin. *Arn.* VINNIUS Comm. ad §. 7. I. de action. n. 3. BACHOV Tr. de pignorib. Lib. III. cap. 11. nr. 2. *Ant.* SCHULTING Thes controversar. Dec. LXXVI. Th. 3. STRYK Us. mod. Pand. Lib. XX. Tit. 5. §. 3. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. 3. §. 99. STRUV Synt. iur. civ. T. II. Ex. XXVI. Th. 37. *Christ. Gottl.* GMELIN Comment. cit. de iure pignoris vel hypoth. etc. §. 42. pag. 144. sq. u. a. m.

31) Westphal §. 272. Not. 302.

dritte Besitzer sein Recht von dem Verpfänder nicht ableitet, so muß der Kläger nicht nur das Factum der Verpfändung, sondern auch noch dieses beweisen, daß die Erfordernisse einer gültigen Verpfändung vorhanden seyen, also daß der Schuldner entweder schon zur Zeit der Verpfändung das Eigenthum gehabt, oder daß er in der Folge das Eigenthum der von ihm verpfändeten Sache erlangt habe, oder wenn auch die Sache dem Schuldner gar nicht gehört, daß wenigstens die Verpfändung mit Zustimmung des wahren Eigenthümers geschehen, oder der Eigenthümer der Sache bey der Verpfändung derselben ein betrügliches Stillschweigen beobachtet, oder dem Verpfänder die Sache verpfändet gehabt habe [32]). Hat es jedoch der Kläger nicht mit dem wahren Eigenthümer selbst zu thun, sondern der Beklagte ist ein solcher, gegen welchen der Schuldner, wenn er selbst klagen würde, die actio Publiciana anstellen könnte; so ist der strenge Beweis des Eigenthums, welchen die Reivindication erfordert, hier nicht nöthig, sondern es ist genug, wenn der Kläger beweißt, daß der Verpfänder den Usucapionsbesitz der Sache, oder das prätorische Eigenthum an der Sache gehabt, das heißt, die Sache iusto titulo an sich gebracht habe. Es tritt hier die Analogie der Publicianischen Klage ein [33]).

L. 23. *D. de probat.* MARCIANUS, *libro singulari ad formulam hypothecariam.* Ante omnia proban-

dum

32) Westphal. §. 472. HORACKER T. II. §. 1232. und Erörterungen S. 331.

33) LEYSER Medit. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXXIV. medit. 3. et 4. WERNHER Select. Observation. for. Tom. I. P. II. Obs. 484.

dum est, *quod inter agentem et debitorem convenit, ut pignori hypothecaeve sit:* sed et si hoc probet actor, illud quoque implere debet, *rem pertinere ad debitorem eo tempore, quo convenit de pignore,* aut *cuius voluntate* hypotheca data sit.

L. 15. §. 1. *D. de pignorib. et hyp.* CAIUS *libro singulari de formula hypothecaria.* Quod dicitur, creditorem probare debere, cum conveniebat, *rem in bonis debitoris fuisse*, ad eam *conventionem* pertinet, *quae specialiter facta est*, non ad illam, quae cottidie inseri solet cautionibus, ut specialiter rebus hypothecae nomine datis, cetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet, et quae postea adquisierit, perinde atque si specialiter hae res fuissent obligatae.

L. 18. *D. eodem.* PAULUS *libro XIX. ad Edictum.* Si ab eo, *qui Publiciana uti potuit*, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per *Servianam* Praetor, quemadmodum debitorem per *Publicianam.*

Zu Folge der Novelle 4. tritt noch der Beweis hinzu, daß auch der Vorschrift derselben ein Genüge geschehen sey, und also ein Zurückweisen des Klägers an den Schuldner oder dessen Bürgen nicht Statt finde.

Zuweilen brauchen jedoch nicht alle bey der hypothekarischen Klage sonst erforderlichen Puncte bewiesen zu werden. Dieß ist der Fall, wenn der Beklagte seinen eigenen Besitz, oder das Eigenthum des in der Klage angegebenen Verpfänders vorsätzlich abläugnete. Ist hier der Beklagte durch den Beweis des Klägers eines frevelhaf-

ten

ten Läugnens überführt, so muß er zur Strafe den Besitz der Sache dem Kläger abtreten, obschon dieser sein vom Eigenthümer erhaltenes Pfandrecht noch nicht erwiesen hat, und nunmehr selbst als Kläger auftreten und beweisen, daß ihm vom Eigenthümer ein besseres Recht an der Sache eingeräumt worden sey [34]).

L. 80. *D. de Rei vindic.* In rem actionem pati non compellimur: quia licet alicui dicere, *se non possidere:* ita ut si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per iudicem, *licet suam esse non adprobaverit.*

Novella XVIII. Cap. 10. Si quis conventus fuerit res habere alterius, ille vero neget, *res esse illius, de quo dicit actor*, et cogatur, qui actionem intendit, aut instrumentis aut testibus aut aliis uti laboribus, ut ostendat *res illius esse:* postea vero is, qui *res illius esse* constanter negaverat, uti voluerit illius iure, et dicat, propter hypothecam vel alias causas ad illam personam referendas se potiorem esse eo, qui litem movet: — *pro inficiatione earum rerum et actoris laboribus, etiam durante adhuc lite, in actorem possessio rerum, de quibus quaestio est, transferatur; licentiam habente eo, qui eam reddit, si quaedam iura habeat a persona illa, circa quam inficiationem antea fecerat, sibi competen-*

34) Westphal §. 273. Weber Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. Abschn. VI. S. 344. Borst. über die Beweislaß im Civilprozeß. §. 32. S. 49.

petitio, ea præponi, & in sum dicunt, quam ea cum transactione præsentis amittitur.

Add. Item possessor. *Col.* Qui potior in pignore. Item possessor pignoris, agens rem sibi, suum esse ex dominio: si probata ea intentione petitor rem retinere, dicens ex hypotheca, vel alia causa in eadem persona delata, se propinquiorem esse, quam qui movet causam: *prius transfert præsentium, quam in sum præponi.*

Lib.

Lib. XX. Tit. II.

In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.

§. 1086.

Mancherley Arten der gesetzlichen Sicherheitsmittel. Privilegium exigendi. Gesetzliche Hypothek. Privilegium hypothecae. Begriff. Ursprung. Natur der stillschweigenden Hypothek.

Die Gesetze haben zur Sicherheit der Gläubiger mancherley Mittel eingeführt, und hierdurch ausnahmsweise verschiedenen Arten der Forderungen einen Vorzug vor andern gegeben [35]). Zu diesen Privilegien gehört

1) das *privilegium exigendi*, wodurch die Gesetze gewissen Gläubigern zu Hülfe kommen, welche keine Hypothek, sondern eine blos persönliche Klage haben, indem sie ihren Forderungen, auch ohne Pfand, einen gewissen Vorzug geben. Dieses privilegium ist von zweyerley Art,

35) S. *Christ. Lud.* RUNDE Commentatio de historia, indole, ac vi remediorum securitatis, quibus iure Rom. prospectum est creditoribus debitoris obaerati per privilegia personalia, hypothecas tacitas, et privilegia hypothecarum. *Goettingae* 1794. 4. *Pet.* VANDERANUS Comment. de privilegiis creditorum. (Tom. II. *Thes. Meerman* pag. 671. 694.) und *Nonius a* COSTA de privilegiis creditorum. *Romae* 1661. *Genevae* 1665.

Art, a) *absolute tale*, wenn die Geſetze, eine obgleich nur perſönliche Forderung, dergeſtalt begünſtiget haben, daß ſie allen übrigen Gläubigern, auch ſogar denjenigen, welche mit einer privilegirten Hypothek verſehen ſind, vorgehen ſoll. Z. B. die Forderung von Leichenkoſten [36]). Dieſe kommen beym Concurſe in die erſte Klaſſe, und ſolche Gläubiger heißen creditores *absolute privilegiati*. b) Privilegium exigendi *simplex* s. *personale*, auch *privilegium exigendi* [37]), oder *privilegium creditorum* [38]) ſchlechthin genannt, vermöge deſſen die perſönliche Forderung eines Gläubigers nur vor andern chirographariſchen oder perſönlichen Gläubigern des Schuldners einen Vorzug hat [39]). *Hermogenian* ſagt *L.* 74. *D. de iure dot.* privilegium, *quod inter personales actiones vertitur*. Solche Gläubiger werden creditores

36) *L.* 45. *D de religiosis. L.* 17. *pr. D. de rebus auct. iud. possid.* Add. *L.* 22. §. 9. *Cod. de iure deliberandi.* S. *Ios.* FINESTRES Hermogenian. ad L. 25. D. de tut. et ration. distrah. §. 3. pag. 817. und *Io. Christph.* KOCH Diss. de pecunia ad emendum credita privilegiata et non privilegiata §. 5.

37) *L.* 24. §. 1. *D. de rebus auct. iud. possid. L.* 1. *D. de cessione bonor. L.* 25. *D. de reb. credit.*

38) *L.* 9. §. 1. *L.* 42. *L.* 44. §. 1. *D. de administr. tutor. L.* 25. *D. de tut. et rat. distrah. L.* 52. §. 1. *D. de peculio. L.* 26. *D. de reb. auct. iud. possid.* S. BRISSONIUS de Verbor. iur. Signif. voc. *Privilegium* nr. 2.

39) S. *Berah. Henr.* FRISTER Diss. de privilegio creditorum personali. *Goett.* 1804. 4. und *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Disquisit. de privilegio creditorum personali simplici. *Tübingae* 1662.

res *personaliter privilegiati*, oder *privilegiarii* schlechtweg genannt.

2) Die gesetzliche oder stillschweigende Hypothek, welche sich zu Folge einer gesetzlichen Vorschrift bey gewissen Gläubigern, in gewissen Verhältnissen, von selbst versteht, ohne daß es einer weiteren Verabredung der Partheyen bedarf[40]). Der Name *hypotheca tacita* entstand daher, weil man bey deren ursprünglichen Einführung, welche sich mehr auf den Gerichtsgebrauch, als auf ein Edikt des Prätors zu gründen scheint[41]), die Fiction einer stillschweigenden Convention zu Hülfe nahm, wie uns Neratius, ein Zeitgenosse Trajans, und der erste, welcher dieser Fiction Erwähnung thut, hiervon belehrt.

40) *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Diss. de pignore tacito. *Tüb.* 1663. *Corn. de* GYSELAAR Specim. de indole quorundam tacitorum pignorum celebriorum. *Lugd. Batav.* 1774. vorzüglich Ferd. Aug. Meißner vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte. 2. Theile. Leipzig 1803. 8.

41) S. *Traugott* THOMASII Diss. de origine atque progressu hypothecarum tacitarum ex Legibus Rom. *Lipsiae* 1732. §. 9. *Ger.* NOODT lib. sing. ad Edictum Praetoris de pactis et transactionib. Cap. 2. §. *Alterum est.* (*Oper.* T. I. pag. 487.) und in Comment. ad Pand. h. t. §. *Indicavi.* (Tom. II. *Oper.* pag. 444.) LISCHKE Diss. de origine et aequitate. *Lipsiae* 1732. §. 7. *Io. Theoph.* SCHNORR Historia iuris civ. de pignoribus tacite contractis, praes. *Io. Th.* SEGERO. *Lipsiae* 1772. §. 8. et 9. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. §. 192. und Meißner angef. Darstellung §. 51.

beleihet[42]). Deswegen läßt sich aber doch das gesetzliche Pfandrecht nicht, wie einige Rechtsgelehrten[43]) wollen, zu dem pignus voluntarium rechnen, weil es nicht sowohl durch die Handlung des Schuldners selbst, sondern nur unter Voraussetzung einer gewissen Handlung durch das Gesetz ertheilt wird, oder, wie Justinian[44]) sagt, *nullo verbo praecedente inducitur ab ipsa lege.* Es ist auch, wie Dabelow[45]) sehr richtig bemerkt, etwas ganz anders, ob eine stillschweigende Verpfändung wirklich vorhanden ist, oder ob man sich nur eines von dieser hergenommenen Arguments bedient hat, um die Einführung einer stillschweigenden oder gesetzlichen Hypothek zu rechtfertigen. Dieses letztere ist nun aber hier offenbar der Fall, denn Neratius sagt nicht, quia, sondern *quasi id tacite convenerit.* Und da die gesetzliche Vorschrift, welche dem Gläubiger das Pfandrecht giebt, ein solches Gewicht hat, daß weder der Schuldner noch ein Dritter dagegen mit dem Beweise gehört wird, daß bey der Handlung keine Verpfändung beabsichtiget worden sey, wie Meißner[46]) selbst einräumt, so kann wohl der Wille des Schuldners in keine weitere Betrachtung kommen, sondern das

42) *L.* 4. *pr. D. h. t.* Eo iure utimur, ut quae in praedia urbana inducta, illata sunt, pignori esse credantur, *quasi id tacite convenerit.* Add. *L.* 3. *et* 6. *D. eodem.*

43) Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfändern. §. 3. und Meißner angef. Darstellung §. 5.

44) *L.* 1. *Cod. Communia de legatis.*

45) Ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger. S. 192. f.

46) Darstellung der Lehre vom stillschw. Pfandr. §. 16.

das Gesetz ist unstreitig als der Hauptentstehungsgrund des stillschweigenden Pfandrechts anzusehen.

Zuweilen geben die Gesetze dem nämlichen Gläubiger seiner Forderung wegen eine stillschweigende Hypothek, welchem auch ein privilegium exigendi zusteht. Ist dann die gesetzliche Hypothek ein bloßes Specialpfandrecht, so kann beydes wohl neben einander Statt finden[47]). Denn das privilegium erstreckt sich über das ganze Vermögen des Schuldners[48]), und kommt daher dem Gläubiger noch zu statten, wenn die ihm gesetzlich verpfändete Sache nicht mehr vorhanden ist, oder zu seiner Befriedigung nicht hinreicht[49]). Wenn hingegen einer Forderung, wegen welcher dem Gläubiger Anfangs nur ein privilegium exigendi zustand, hierauf eine stillschweigende Generalhypothek beygelegt worden ist[50]), so

47) Man vergleiche z. B. *L.* 1. *D. h. t.* mit *L.* 25. *D. de reb. credit.* *L.* 1. *D. de cess. bonor.* und *L.* 24. §. 1. *D. de reb. auct. iud. possid.*

48) *L.* 8. *D. Depositi.* *L.* 23. *D. de reb. auct. iudicis possid.* LAUTERBACH dit. Diss. §. 50.

49) LAUTERBACH Diss. cit. de privilegio creditor. personali. §. 34. WALCH Diss. de privilegio pecuniae in refectionem aedium creditae Sect. II. §. 11. Dabelow Lehre vom Concurse der Gläubiger. S. 228. Meißner angef. Darstellung vom stillschweigenden Pfandrechte. §. 76. S. 195. FRISTER cit. Diss. §. 6. und Schweppe Röm. Privatrecht. 2. B. §. 359.

50) Man vergleiche z. B. *L.* 42. *et L.* 44. §. 1. *D. de admin. et peric. tutor.* *L.* 25. *D. de tut. et rat. distrah.* *L.* 19. §. 1. *D. de rebus auct. iud. possid.* und *L.* 23. *D. eodem* mit *L.* 20. *Cod. de admin. et offic. tutor.* S. Hufeland's Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 2054. not. a.

so läßt sich zwar nicht schlechterdings behaupten, daß das erstere durch die letztere aufgehoben worden sey, weil beydes, das privilegium und das Pfandrecht, gegen Verschiedene, nämlich das erstere gegen andere Gläubiger, das letztere aber gegen die Besitzer der verpfändeten Sachen seine Wirkung äußert[51]). Allein das Pfandrecht macht hier durch seine Allgemeinheit das privilegium exigendi nutzlos. Auf keine[52]) Weise aber kann derjenige Gläubiger, dem die Gesetze seiner Forderung wegen nur eine Hypothek gegeben haben, aus diesem Grunde allein, weil er ein gesetzlicher Pfandgläubiger ist, auch ein privilegium exigendi ansprechen, wenn er etwa, weil die gesetzlich verpfändete Sache nicht mehr vorhanden ist, nicht als Pfandgläubiger locirt werden könnte. Denn es läßt sich nicht von dem stärkern Recht auf das schwächere schließen, weil das privilegium exigendi, als eine besondere gesetzliche Begünstigung, eine solche Ausdehnung nicht erlaubt[53]).

3) *Privilegium hypothecae*, wenn in den Gesetzen einer gewissen Hypothek ein Vorzug vor andern, obgleich ältern Pfandgläubigern, welche ein gleiches Privilegium nicht haben, beygelegt wird, und selbst unter diesen privilegirten Hypotheken wieder einige vor anderen begünstiget sind, wovon Tit. IV. des 20. Buchs handelt. Ein solches

51) S. *Ios.* FINESTRES Hermogenianus ad L. 25. D. de tut. et rat. distrah. §. 8 — 10. pag. 819. sqq. und Dabelow vom Concurse der Gläubiger S. 254. Nr. III.

52) HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 4620. nr. 4. und Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 3. B. §. 1235. C. und §. 1238. F.

53) S. Christ. Gottl. von Gmelin Ordnung der Gläubiger bey dem Gantprozesse. §. 127. S. 556. (Stuttgard und Tübingen 1813.)

ches Vorzugsrecht kann einem stillschweigenden, oder auch einem ausdrücklich vorbehaltenen Pfandrechte beygelegt seyn. Keinesweges aber kann es einem Pfandgläubiger schon darum beygelegt werden, weil seine Forderung mit einem persönlichen Privilegium versehen ist, wenn er nachher, dieser Forderung wegen, ein stillschweigendes Pfandrecht von den Gesetzen erhalten, oder der Gläubiger sich eine Hypothek ausdrücklich hat bestellen lassen [53]). Denn es folgt nicht, daß derjenige Gläubiger, welcher unter den persönlichen oder chirographarischen Gläubigern eine vorzügliche Stelle einnimmt, dieselbe auch unter den hypothekarischen Gläubigern behaupten müsse.

Alle diese hier angeführten Privilegien, welche den Gläubigern zu ihrer Sicherheit zustehen, haben nun also ihren nächsten Grund in den Gesetzen, und können daher ohne eine gesetzliche Disposition einem Gläubiger eben so wenig eingeräumt werden, als sie eine Ausdehnung auf ähnliche Fälle zulassen [54]). Ob sie übrigens aus geschriebenen Gesetzen, oder aus dem Gewohnheitsrecht, wie die ersten gesetzlichen Hypotheken, ihren Ursprung herleiten, ist gleichviel [55]). Quae enim longa consuetudine probata

53) Man vergleiche z. B. *L.* 38. §. 1. *D. de reb. auct. iud. possid.* mit *L.* 8. *D. Qui potior. in pignore* und *L.* 4. *Cod. eodem. VIII.* 18. Dabelow Concurs der Gläub. S. 253. Thibaut System des Pandectenr. 3. B. §. 1235.

54) *L.* 14. *et L.* 15. *D. de Legib.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 8. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1077. RUNDE cit. Commentat. de histor. indole ac vi remedior. securitatis. §. 11. Meißner angef. Darstellung. §. 22.

55) von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 82. S. 262. und §. 127. S. 555. Meißner §. 29.

bata sunt, sagt Hermogenian[56]), non minus, quam ea, quae scripta sunt iura, servantur. Die besondern Gründe dieser Privilegien sind, abgesehen von dem entfernten Grunde der Billigkeit, worauf sie alle von dem Gesetzen gebauet sind[57]), folgende[58]). 1) Vermuthete Uebereinkunft des Gläubigers und Schuldners, besonders in solchen Geschäften, welche in gemeinem Leben eben so alltäglich sind, als der Gläubiger dabey leicht hintergangen, und um seine vermeinte Sicherheit gebracht werden kann. Dieß ist der Fall bey der Hypothek, welche die Gesetze dem Vermiether und Verpächter geben. 2) Besondere Begünstigung des Gläubigers, vorzüglich solcher Personen, die selbst auf ihre Sicherheit bedacht zu seyn nicht im Stande sind, und deren Vortheil selbst mit dem Interesse des Staats verknüpft ist, wie bey den Pupillen und Minderjährigen, den Wahnsinnigen, den Kindern, den Ehefrauen, und dem Fiskus der Fall ist[59]). 3) Besondere

56) *L.* 35. *D. de Legibus.*

57) *L.* 17. §. 1. *L.* 19. §. 1. *D. de rebus auct. iud. possid. L.* 12. §. 1. *Cod. Qui potior. in pignore. Io. Aug.* HELLFELD Progr. de eo, quod in hypothecis tacitis aequum vel iniquum est. (in *Opuscul. et Dissertat. iur. civ.* Nr. XI.)

58) S. *Io. de* BACK, Diss. ad L. 1. D. In quib. caus. pignus vel hypoth. tacite contrah. *Lugd. Batavor.* 1724. Cap. 2. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertat. iurid. select. in Acad. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. III. pag. 70. s.) FINESTRÆS Hermogenianus pag. 816. §. 2. RUNDE cit. Commentat. de histor. indole ac vi remedior. securitatis §. 12. und Meißner vom stillschweigenden Pfandrecht §. 21.

59) *L.* 1. *D. Soluto matrim. L.* 18. *D. de reb. auctorit. iudic. possid. L.* 1. §. 20. *D. de Quaestion.*

sondere Begünstigung gewisser Forderungen wegen ihrer nothwendigen oder nützlichen Zwecke, wie z. B. herrschaftliche Steuern, versprochenes Heyrathsgut, Darlehn zur Wiederherstellung eines vernichteten Gebäudes, oder zur Erbauung, Ausrüstung, oder auch Erkaufung eines Schiffs[60]).

Unter den bisher gedachten verschiedenen Privilegien und Sicherheitsrechten der Gläubiger findet übrigens noch ein wichtiger Unterschied Statt, welcher darin besteht, daß zwar stillschweigende Hypotheken, als solche, das heißt, abgesehen von dem Privilegium, welches ihnen etwa beygelegt ist, sowohl auf die Erben des Gläubigers übergehen, als auch zugleich mit der Forderung auf einen Andern übertragen und abgetreten werden können; wenn sie auch aus einer besondern Begünstigung des Gläubigers wären eingeführt werden[61]); in Ansehung der übrigen Privilegien aber es darauf ankommt, ob sie Begünstigung der Person, oder nur der Forderung des Gläubigers zum Grunde haben. Nur letztere, aber nicht die ersteren, gehen auf die Erben, und können auch cedirt wer-

60) L. 1. h. t. L. 24. §. 1. L. 26. D. de reb. auct. iud. poss.

61) Schon die Natur des Pfandrechts, als eines dinglichen Rechts, lehrt uns, daß es nicht auf die Person des Gläubigers eingeschränkt seyn könne. Dieß bestärken aber auch die Gesetze. L. 6. D. de heredit. vel act. vend. §. 29. I. de action. Nov. XCI. Praef. et Cap. 1. S. Schweppe Röm. Privatrecht 1. B. §. 302. u. §. 307. Gr. Frid. DEINLIN Diss. de transitu hypothecae tacitae in bonis tutoris ad heredes pupilli. Altorfii 1724. Henr. God. BAUER Diss. de

werden[62]). Man pflegt die erſteren *privilegia personalia s. personae*, die letzteren aber *privilegia realia s. causae* zu nennen, und es kommt dann in dieſer Beziehung nichts weiter darauf an, ob das privilegium ein bloßes privilegium exigendi oder ein privilegium hypothecae iſt. Z. B. das privilegium exigendi, welches der Braut wegen der dos zuſteht, iſt ſo, wie das privilegium hypothecae der Ehefrau, ein privilegium personae, welches weder auf die Erben noch den Ceſſionar übergeht[63]). Eben ſo iſt das Privilegium, was den Pupillen, und Minderjährigen, ſo wie den Verſtandloſen, den Verſchwendern, Kranken und Taubſtummen wegen ihrer Forderungen an dem Vermögen ihrer Tutoren und Curatoren, der Protutoren, und derjenigen, welche ſich aus Freundſchaft der Angelegenheiten dieſer Hülfsbedürftigen

de pignore pupilli. *Lipsiae* 1760. §. 25.—30. *Car. Frid.* WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. III. §. 25. Zum Theil anderer Meinung iſt Dabelow von Concurſe der Gläubiger. S. 258.

62) *L.* 68. *D. de div. reg. iur.* In omnibus causis id obſervatur, ut, ubi *personae conditio* locum facit beneficio, ibi deficiente ea, beneficium quoque deficiat: ubi vero *genus actionis* id desiderat, ibi, ad quemvis perſecutio eius devenerit, non deficiat ratio auxilii — *L.* 196. *D. eodem. Privilegia* quaedam *causae* sunt, quaedam *personae*: et ideo quaedam ad heredem transmittuntur, quae *causae* sunt, quae *personae* sunt, ad heredem non transeunt. S. LAUTERBACH Diss. cit. de privilegio creditor. personali. §. 42.—45. und RUNDE cit. Commentat. §. 14—16.

63) *L.* 74. *D. de iure dot.* *L.* 17. §. 1. *L.* 19. *pr. D. de reb.*

tigen annahmen, beygelegt ist, ganz persönlich [64]). Dahingegen ist das Privilegium, welches der Forderung von Leichenkosten, ferner der Forderung desjenigen, welcher zur Wiederaufbauung eines verfallenen Hauses baar Geld geliehen hat, nicht minder dem Creditum zum Besten eines Schiffs zusteht, ein privilegium causae; sie gehen daher auf Universal- und Singular-Successoren über [65]).

Hier ist nun blos von gesetzlichen Hypotheken die Rede, und diese sind zweyfach, allgemeine und besondere, je nachdem sie entweder das ganze Vermögen des Schuldners zum Gegenstande haben, oder nicht. Mehrere [66]) nehmen auch ein gemischtes-gesetzliches Pfandrecht an. Sie rechnen dahin dasjenige, welches Legatare wegen der Auszahlung ihrer Vermächtniße haben. Dieses soll bald ein generelles bald ein specielles seyn, je nachdem die Legatare aus der ganzen Erbschaft, oder aus

reb. auct. iud. possid. L. un. Cod. de privilegio dotis. §. 29. I. de actionib. L. 12. §. 1. Cod. Qui potior. in pignore. Nov. XCI. praef. S. Io. Frid. OLEARIUS Diss. de privilegio dotis respectu heredis et cessionarii. Lipsiae 1725. Christ. GMELIN Diss. de iure dotis in concursu creditorum. Tübingae 1789. §. 4. und Daberlow von Concurse der Gläubiger S. 256.

64) L. 42. D. de admin. et peric. tut. L. 19. §. 1. L. 20. 21. et 22. D. de reb. auctorit. iud. possid. S. Gar. Frid. WALCH Progr. de privilegio pupilli L. 19. D. de reb. auctor. iud. poss. eius heredi denegato. Ienae 1769.

65) LAUTERBACH cit. Diss. §. 43. in fin. RUNDE cit. Commentat. §. 15. VOET Comment. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 4. §. 12. und Schweppe Röm. Privatrecht 2. B. §. 360.

66) Thibaut System des Pand. Rechts. 2. Band §. 642. und §. 644. Schweppe Röm. Priv. R. 1. B. §. 305.

einzelnen Erbschaftssachen zu entrichten sind. Z. B. wenn einem Legatar wieder die Auszahlung eines Vermächtnisses aufgelegt worden ist, so hat der zweyte Legatar zwar ein gesetzliches, aber nur ein Specialpfandrecht an den Sachen, welche der beschwerte Legatar vermöge des Testaments erhalten hat. Allein auch bey den Vermächtnissen, die der Erbe zu entrichten hat, kann das gesetzliche Pfandrecht der Legatare nur für ein specielles gelten, weil es ja doch nur, wie alle lehren, an den ererbten Gütern, nicht aber an dem eigenen Vermögen des Erben haftet[67]), folglich in keinem Falle das ganze Vermögen des Schuldners trifft[68]), wie auch in der Folge noch gezeigt werden wird. Uebrigens ist noch zu bemerken, daß die oben vorgekommene *L. 6. D. de pignorib.* Obligatione generali rerum, quas quis habuit, habiturusve sit, ea non continebuntur, *quae verisimile est, quemquam specialiter obligaturum non fuisse:* utputa supellex etc. da solche blos bey dem vertragsmäßig ertheilten allgemeinen Pfandrecht gilt[69]), auf ein gesetzliches Pfandrecht nicht bezogen werden kann, sofern dasselbe blos auf gesetzlicher Sanction beruhet[70]).

§. 1087.

67) *L.* 1. *Cod. Communia de legatis.*

68) S. Arn. Heise Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts. (Heidelberg 1816.) 2. B. 5. Kap. S. 51. Not. 13.

69) *Ant.* FABER Rational. ad *L.* 6. D. de pignorib. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. Lib. XX. Tit. 1. §. *A. speciali T. II. Oper. pag.* 435. Thibaut System des Pand. Rechts 2. B. §. 638.

70) HUBER Praelect. iur. civ. in Pand. h. t. §. 1. *Ant.* SCHULTING Thesium controversar. Dec. LXXIX. §. 4. Dabe-

low

§. 1087.

Gläubiger, welche ein gesetzliches Special-Pfandrecht haben.

Ein specielles gesetzliches Pfandrecht haben folgende Gläubiger.

I. Der Vermiether eines praedii urbani, wegen seiner aus dem Miethscontract herrührenden Forderungen an allen Sachen, welche der Miethmann in das Grundstück eingebracht hat, daß sie zum Zweck der Miethe daselbst bleiben sollen, sofern sie nämlich sein Eigenthum sind [71]). L. 4.

low Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 126. Not. i. und Desselben Handbuch des heutigen gemeinen Römisch-Deutschen Privatrechts. 1. Th. §. 811. Anderer Meinung ist jedoch Meißner Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte §. 30.

71) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. P. III. Dec. LX. Err. 8—10. *Guil. Hieron.* BRÜCKNER Diss. de tacito pignore locatoris in rebus conductoris illatis. *Ienae* 1704. *Andr. Flor.* RIVINUS Pr. de hypotheca tacita locatori praedii urbani in illatis, et rustici in fructibus iure civ. competente. *Lipsiae* 1731. I. L. LARCHER *van* KEENEN, Diss. ad L. 4. pr. D. In quib. causis pign. *Lugd. Bat.* 1732. *Franc. Iac.* VOIRHAYE Diss. de tacito pignore locatoribus competente. *Argentor.* 1737. Christ. Gottl. von Gmelin Ordnung der Gläubiger Kap. 6. §. 120. Ad. Diet. Weber Versuch über den wahren Sinn der L. 5. C. de locato cond. in Desselben Versuchen über das Civilrecht Nr. II. S. 79. f. f. Christph. Christ. Dabelow ausführl. Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger. S. 191. f. f. Ferd. Aug. Meißner Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht §. 58. f. f. und J. H. Zirkler Revision der

L. 4. pr. D. h. t. SERVIUS *libro I. Membranarum.* Eo usq; utimur, *ut quæ in prædia urbana inlata, illata sunt, pignori esse creduntur*, quasi id tacite convenerit. *In rusticis prædiis* contra observatur.

L. 6. D. eodem. ULPIANUS *libro 73. ad Edictum.* Licet in prædiis urbanis tacite solet conventum accipi, *ut perinde teneantur inducta et inlata, ac si specialiter convenisset*: certe libertati huiusmodi pignus non officit. Idque et POMPONIUS probat: ait enim, manumissioni non officere ob habitationem obligatum.

L. 7. §. 1. D. eodem. POMPONIUS *libro XIII. ex variis Lectionibus.* Videndum est, ne non omnia illata, vel inducta, sed ea sola, *quæ, ut ibi sint, illata fuerint*, pignori sint? Quod magis est.

L. 4. D. de pactis. PAULUS *libro III. ad Edictum:* Item, quia conventiones etiam tacite valent, *placet in urbanis habitationibus locandis invecta illata pignori esse locatori*, etiam si nihil nominatim convenerit.

L. 2. D. h. t. MARCIANUS *libro singulari ad formulam hypothecariam.* POMPONIUS *libro XL. variarum Lectionum* scribit, non solum pro pensionibus, sed et si deteriorem habitationem fecerit culpa sua inquilinus, quo nomine ex locato cum eo erit actio, invecta et illata pignori erunt obligata.

L. 3.

der wichtigsten Lehren des positiven Rechts. 2. Th. (Giesen und Wetzlar 1807.) Nr. VI. S. 58. f. f.

L. 3. D. h. t. ULPIANUS *libro LXXIII. ad Edictum.* Si horreum fuit conductum vel diversorium, vel area: tacitam conventionem de invectis illatis etiam in his locum habere, putat NERATIUS. Quod verius est.

L. 5. Cod. de locato et conducto. Imperator ALEXANDER A. *Petronae.* Certi iuris est, ea quae *voluntate dominorum* coloni in fundum conductum induxerint, pignoris iure dominis praediorum teneri. Quando autem *domus* locatur, *non est necessaria in rebus inductis vel illatis scientia domini, nam ea quoque pignoris iure tenentur.*

L. 7. Cod. h. t. Imp. IUSTINIANUS A. *Ioanni* P. P. Sancimus, *de invectis a conductore rebus et illatis, quae domino pro pensionibus tacite obligantur*, non solum in utraque Roma, et territorio earum hoc ius locum habere, sed etiam in nostris provinciis. *Tali enim iusta praesumtione etiam omnes nostros provinciales perpotiri desideramus.*

Diese Hypothek ist unter den aus dem Röm. Recht uns bekannt gewordenen stillschweigenden Hypotheken die älteste. Sie war ursprünglich eine ausdrückliche Conventionalhypothek, und bey der großen Menge der armen Miethleute in Rom, die außer einem schlechten Hausrath (frivola, wie Ulpian [72]) solchen sehr treffend nennt) sonst nichts hatten, als was sie mit ihrer Hände Arbeit verdienten, das gewöhnliche Sicherheitsmittel für die Mie-

72) *L. 11. §. 5. D. de pignerat. act.* S. BRISSONIUS de Verbor. iuris significat. voc. *Frivolus.*

miether der Wohnungen, zumahl da der Miethzinß erst am 1 Julius, wenn oft die Miethe schon geendigt war, bezahlt zu werden pflegte[73]). Die Verpfändung des Hausraths, und was sonst der Miethmann der Wohnung wegen mit sich brachte, zur Sicherheit des Miethzinses, ward daher bey Hausmiethen so gewöhnlich, daß man zuletzt glaubte, sie verstehe sich von selbst, auch wenn man sie im Contract nicht ausgedruckt hätte, weil zu vermuthen sey, es werde Niemand ohne dieses Sicherheits-Mittel einen Miethcontract haben abschließen wollen[74]). Das bloße Einbringen der Sachen des Miethsmanns, und die Vermuthung, daß der Contract unter keiner andern Bedingung geschlossen sey, als daß die invecta und illata dem Vermiether für den Miethzinß haften sollten, wurde daher zur Entstehung und Begründung dieser Hypothek nach dem Gerichtsgebrauche schon für hinreichend gehalten[75]).

Ne-

73) IUVENALIS *Lib. XII. Epigr.* 32.

O Iuliarum dedecus Calendarum:
Vidi, Vacerra, sarcinas tuas, vidi,
Quas non retentas pensione pro bina
Portabat uxor. — —

74) Daher sagt der Prätor bey Ulpian *L. 1. XLIII. 32. D. de migrando.* Si is homo, quo de agitur, non est ex his rebus, *de quibus inter te et actorem convenit, ut quae in eam habitationem, qua de agitur, introducta, importata, ibi nata factave essent, ea pignori tibi pro mercede eius habitationis essent:* sive ex his rebus esset ea merces tibi soluta, eove nomine satisfactum est, aut per te stat, quominus solvatur: ita quominus ei, *qui eum pignoris nomine induxit*, inde abducere liceat, vim fieri veto.

75) S. *Franc.* BALDUINUS Commentar. de pignorib. et hypothecis. Cap. 6.

Neratius[76]) bezeichnet dieſen Gerichtsgebrauch mit den Worten: *Eo iure utimur*[77]). Anfangs galt indeſſen dieſes Recht nur in Rom, und deſſen Gebiete. Es ging nachher auch auf das neue Rom, und deſſen Gebiet über. In den Provinzen aber ſcheint dieſe ſtillſchweigende Hypothek vor Juſtinian noch nicht bekannt geweſen zu ſeyn. Denn erſt dieſer Kaiſer fand es für nöthig, ſelbige durch eine ausdrückliche Conſtitution auch in den Provinzen einzuführen[78]). Anton Faber[79]) findet in dieſer Verordnung einen neuen nicht unbedeutenden Grund, daß auch das nächſte Fundament dieſer Hypothek, ſo wie eines jeden andern ſtillſchweigenden Pfandrechts, mehr in der geſetzlichen Vorſchrift, als in einem ſtillſchweigenden Vertrage der Contrahenten zu ſuchen ſey. Quidni enim ubique gentium, ſagt er, eodem iure locatores omnes uterentur, si hoc ius ex contrahentium, sive expressa, sive tacita conventione descenderet? An non iuris gentium sunt conventiones omnes, quae ex consensu, sive expresso, sive tacito proficiscuntur? Quae vero sunt iuris gentium, an non gentibus omnibus communia sunt, nec propria urbis Romae? — Est igitur hoc merum privilegium a iure datum, id est, quod a iure magis, quam a contrahentium pacto proficiscitur.

Die-

76) *L.* 4. *D. h. t.*

77) Man ſehe *Ger.* NOODT ad Edictum Praetoris de pactis et transactionib. Cap. 2. §. *Alterum* (*Operum* Tom. I. pag. 487).

78) *L. ult. Cod. h. t.*

79) De Erroribus Pragmaticor. P. III. Decad. LX. Err. 9. in fin. et Err. 10.

Dieſes geſetzliche Pfandrecht, ſteht alſo

I. nur dem Vermiether eines praedii urbani zu. Bey praediis rusticis findet es nicht Statt. Es fragt ſich aber, was hier ein praedium urbanum im Gegenſatz eines praedii rustici ſey? Alle ſind darin einig, daß dieſe Benennungen bey dem Pfandrecht eine andere Bedeutung haben, als in der Lehre von Servituten[80]). Zwar werden Gebäude aller Art, ohne Rückſicht ihrer Beſtimmung und Lage, überall zu den praediis urbanis gerechnet. Hierin ſtimmen alle Stellen unſers römiſchen Geſetzbuchs überein, welche der praediorum urbanorum gedenken.

L. 198. *D. de Verbor. Significat.* ULPIANUS *Lib. II. de omnibus Tribunalibus.* Urbana praedia, *omnia aedificia* accipimus, non solum ea, quae sunt *in oppidis*, sed et si forte *stabula* sunt, vel alia *meritoria* in *villis* et in *vicis*: vel si *praetoria* voluptati tantum deservientia: *quia urbanum praedium non locus facit, sed materia.*

L. 1. *pr. D. Communia praediorum.* ULPIANUS *lib. II. Institutionum.* Aedificia, *urbana* quidem *praedia* appellamus: caeterum, et si *in villa* aedificia sint, aeque *servitutes urbanorum praediorum* constitui possunt.

L. 3.

80) *Arn.* VINNIUS Select. iuris quaestion. Lib. I. cap. 30. *Io.* MERCERII Conciliator. Cap. 5. *Marc.* LYCKLAMA *a* NYHOLT Membranar. Lib. II. Eclog. 8. *Abr.* WIELING Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 1. §. *Adfinis* pag. 88. *Chr. Hen.* ECKHARD Hermenevt. iuris Lib. I. §. 200. *Io. Christ.* KOCH Diss. de praedio urbano et rustico. *Ienae* 1757. Ab. Dieſ. Weber Verſuche über das Civilrecht. S. 82. f. f.

L. 3. *D. h. t.* ULPIANUS *libro LXXIII. ad Edictum.* Si *horreum* fuit conductum vel *diversorium* vel area: tacitam conventionem *de invectis illatis* etiam in his locum habere, putat NERATIUS, quod verius est.

L. 4. §. 1. *D. eodem.* NERATIUS *libro I. Membranarum.* *Stabula*[81]) quae non sunt in continentibus aedificiis, quorum praediorum ea numero habenda sint, dubitari potest? Et quidem *urbanorum* sine dubio non sunt, *cum a caeteris aedificiis separata sint.* Quod *ad causam tamen taciti pignoris* pertinet, non multum *ab urbanis praediis* differunt.

Allein deswegen heißen doch nicht gerade alle andere Grundstücke hier, wie bey den Servituten, praedia rustica. Nein, das Besondere in der Lehre von stillschweigenden Pfandrecht zeigt sich eben darin, daß hier auch solche Grundstücke, welche keine Gebäude, sondern an sich leere Plätze sind, für praedia urbana gehalten werden, sofern nämlich keine natürlichen Früchte davon zu ziehen sind. Ulpian führt zum Beyspiel eine area an, d. i. ein leerer Platz, den man zum Bleichen, Dreschen oder Trocknen in der

81) Es ist hier von Viehställen die Rede, welche von Gebäuden abgesondert, auf dem Felde in bloßen Umzäunungen bestehen, in welche die Viehheerden zur Nachtzeit unter der Aufsicht des Hirten eingeschlossen sind. COLUMELLA *de Re Rustica*] Lib. I. cap. 6. S. *Iul. a* BEYMA Commentar. in Titulum Dig. de Verbor. Significat. (*Leovardiae* 1649.) ad L. 198. h. t. und *Io.* GOEDDAEUS Commentar. repetitae praelect.] in eundem Titulum et L. 198. nr. 3. pag. 1096.

der Stadt oder auf dem Lande zu gebrauchen pflegte [82]). Neratius rechnet auch Viehställe hierher, welche nicht mit Gebäuden in Verbindung sind, sondern auf dem Felde in bloßen Umgebungen oder Schranken bestehen, in denen das Vieh im Sommer zur Nachtzeit unter freien Himmel ruhet. Beyde würden, wenn von Dienstbarkeiten die Rede ist, ohne Zweifel zu den praediis rusticis gehören; allein quod *ad causam taciti pignoris* pertinet, sagt Neratius, non multum ab *urbanis praediis* differunt. Es ergiebt sich hieraus, daß es in der Materie des stillschweigenden Pfandrechts auf die Beschaffenheit und den Gebrauch ankommt, wozu das Grundstück vermiethet oder verpachtet worden ist. Trägt nämlich dasselbe keine natürlichen Früchte, sondern es ist entweder ein Gebäude, es sey von welcher Art es wolle, welches man entweder zur täglichen Bewohnung (domus, urbana habitatio, coenaculum) oder zum Vergnügen, (praetorium) oder zu einem Aufenthalt auf kurze Zeit, (diversorium, Wirthshaus, Absteigequartier) oder zur Aufbewahrung von Sachen (horreum) wie z. B. Scheuern, Schuppen, Vorrathsgebäude, Niederlagen, Magazine; oder ein Stallgebäude (stabulum), welches man zum Aufenthaltsort und zur Verwahrung des Viehes gemiethet hat; oder es ist auch nur ein leerer Platz, wo kein Gebäude steht, (area) welcher zum Bleichen, Dreschen und Trocknen dient, oder ein umzäunter oder eingeschlossener Platz auf dem Felde, den man zum nächtlichen Aufenthalt des

82) *L.* 211. *D. de Verb. Significat. L.* 14. §. 3. *D. de aliment et cibar. legatis.* S. *Arn.* VINNIUS Tr. de pactis. Cap. XII. §. 2. BRISSONIUS de Verbor. Signif. v. *Area.*

des Viehes im Sommer gepachtet hat, (bubile aestivum, stabulum aestivum sub dio, parietibus circumseptum, ut illic pecora per aestatem conquiescant, wie **Columella**[83]) sagt); so wird ein solches Grundstück hier *praedium urbanum* genennt. Ist hingegen das Grundstück ein solches, worauf fructus naturales gezogen werden, so daß ihre Perception Zweck der Pachtung ist, so heißt es hier ein *praedium rusticum*. Es ist jedoch dabey immer nur auf die vermiethete oder verpachtete Hauptsache zu sehen. Denn wären z. B. dem Pächter zugleich Gebäude, die zu dem ihm verpachteten praedio rustico gehören, aber blos als Nebensache zum Gebrauch mit überlassen worden, und der Pächter hätte darin Sachen und Geräthe untergebracht; so sind diese Gebäude doch nicht als praedia urbana zu betrachten, und dem Verpächter steht an den darin gebrachten Sachen kein Pfandrecht zu[84]). Wären hingegen diese Gebäude, z. B. die Scheuern, Dreschtennen und Viehställe allein und ohne den fundus vermiethet worden, so daß sie den Hauptgegenstand und Zweck der Miethung ausmachen, so würden sie nun als praedia urbana erscheinen, und die invecta und illata dem Pfandrechte des Vermiethers ohne Zweifel unterworfen seyn. Eben so können Gärten bald zu den praediis urbanis bald rusticis gehören. Befindet sich nämlich ein Garten an dem gemietheten Hause, so ist er, wie das Haus, dessen accessorium er ist, ein prae-

83) *De Re Rustica* Lib. I. Cap. 6. Scriptor. rei rusticae veter. Vol. II. pag. 38. (*edit. bipontin.*)

84) S. *Hug.* DONELLUS de pignorib. Cap. IV. Verb. *Dixerit quispiam*, pag. 105. und **Weber's** angef. Versuche S. 86.

bekehrt[42]). Deswegen läßt sich aber doch das gesetzliche Pfandrecht nicht, wie einige Rechtsgelehrten[43]) wollen, zu dem pignus voluntarium rechnen, weil es nicht sowohl durch die Handlung des Schuldners selbst, sondern nur unter Voraussetzung einer gewissen Handlung durch das Gesetz ertheilt wird, oder, wie Justinian[44]) sagt, *nullo verbo praecedente inducitur ab ipsa lege.* Es ist auch, wie Dabelow[45]) sehr richtig bemerkt, etwas ganz anders, ob eine stillschweigende Verpfändung wirklich vorhanden ist, oder ob man sich nur eines von dieser hergenommenen Arguments bedient hat, um die Einführung einer stillschweigenden oder gesetzlichen Hypothek zu rechtfertigen. Dieses letztere ist nun aber hier offenbar der Fall, denn Neratius sagt nicht, quia, sondern *quasi id tacite convenerit.* Und da die gesetzliche Vorschrift, welche dem Gläubiger das Pfandrecht giebt, ein solches Gewicht hat, daß weder der Schuldner noch ein Dritter dagegen mit dem Beweise gehört wird, daß bey der Handlung keine Verpfändung beabsichtiget worden sey, wie Meißner[46]) selbst einräumt, so kann wohl der Wille des Schuldners in keine weitere Betrachtung kommen, sondern das

42) *L. 4. pr. D. h. t.* Eo iure utimur, ut quae in praedia urbana inducta, illata sunt, pignori esse credantur, *quasi id tacite convenerit.* Add. *L. 3. et 6. D. eodem.*

43) Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfändern. §. 3. und Meißner angef. Darstellung §. 5.

44) *L. 1. Cod. Communia de legatis.*

45) Ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger. S. 192. f.

46) Darstellung der Lehre vom stillschw. Pfandr. §. 16.

das Gesetz ist unstreitig als der Hauptentstehungsgrund des stillschweigenden Pfandrechts anzusehen.

Zuweilen geben die Gesetze dem nämlichen Gläubiger seiner Forderung wegen eine stillschweigende Hypothek, welchem auch ein privilegium exigendi zusteht. Ist dann die gesetzliche Hypothek ein bloßes Specialpfandrecht, so kann beydes wohl neben einander Statt finden [47]). Denn das privilegium erstreckt sich über das ganze Vermögen des Schuldners [48]), und kommt daher dem Gläubiger noch zu statten, wenn die ihm gesetzlich verpfändete Sache nicht mehr vorhanden ist, oder zu seiner Befriedigung nicht hinreicht [49]). Wenn hingegen einer Forderung, wegen welcher dem Gläubiger Anfangs nur ein privilegium exigendi zustand, späterhin eine stillschweigende Generalhypothek beygelegt worden ist [50]), so

47) Man vergleiche z. B. *L. 1. D. h. t.* mit *L. 25. D. de reb. credit. L. 1. D. de cess. bonor.* und *L. 24. §. 1. D. de reb. auct. iud. possid.*

48) *L. 8. D. Depositi. L. 23. D. de reb. auct. iudicis possid.* LAUTERBACH cit. Diss. §. 50.

49) LAUTERBACH Diss. cit. de privilegio creditor. personali. §. 34. WALCH Diss. de privilegio pecuniae in refectionem aedium creditae Sect. II. §. 11. Dabelow Lehre vom Concurse der Gläubiger. S. 228. Meißner angef. Darstellung vom stillschweigenden Pfandrechte. §. 76. S. 195. FRISTER cit. Diss. §. 6. und Schweppe Röm. Privatrecht. 2. B. §. 359.

50) Man vergleiche z. B. *L. 42. et L. 44. §. 1. D. de admin. et peric. tutor. L. 25. D. de tut. et rat. distrah. L. 19. §. 1. D. de rebus auct. iud. possid.* und *L. 23. D. eodem* mit *L. 20. Cod. de admin. et offic. tutor.* S. Hufeland's Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 2054. not. a.

so läßt sich zwar nicht schlechterdings behaupten, daß das erstere durch die letztere aufgehoben worden sey, weil beydes, das privilegium und das Pfandrecht, gegen Verschiedene, nämlich das erstere gegen andere Gläubiger, das letztere aber gegen die Besitzer der verpfändeten Sachen seine Wirkung äußert[51]). Allein das Pfandrecht macht hier durch seine Allgemeinheit das privilegium exigendi unnütz. Auf keine[52]) Weise aber kann derjenige Gläubiger, dem die Gesetze seiner Forderung wegen nur eine Hypothek gegeben haben, aus diesem Grunde allein, weil er ein gesetzlicher Pfandgläubiger ist, auch ein privilegium exigendi ansprechen, wenn er etwa, weil die gesetzlich verpfändete Sache nicht mehr vorhanden ist, nicht als Pfandgläubiger locirt werden könnte. Denn es läßt sich nicht von dem stärkern Recht auf das schwächere schließen, weil das privilegium exigendi, als eine besondere gesetzliche Begünstigung, eine solche Ausdehnung nicht erlaubt[53]).

3) *Privilegium hypothecae*, wenn in den Gesetzen einer gewissen Hypothek ein Vorzug vor andern, obgleich ältern Pfandgläubigern, welche ein gleiches Privilegium nicht haben, beygelegt wird, und selbst unter diesen privilegirten Hypotheken wieder einige vor anderen begünstiget sind, wovon Tit. IV. des 20. Buchs handelt. Ein solches

51) S. *Ios.* FINESTRES Hermogenianus ad L. 25. D. de tut. et rat. distrab. §. 8 — 10. pag. 819. sqq. und Habelow vom Concurse der Gläubiger S. 254. Nr. III.

52) HOPACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 4620. nr. 4. und Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 3. B. §. 1235. C. und §. 1238. F.

53) S. Christ. Gottl. von Gmelin Ordnung der Gläubiger bey dem Gantprozeße. §. 127. S. 556. (Stuttgard und Tübingen 1813.)

ches Vorzugsrecht kann einem stillschweigenden, oder auch einem ausdrücklich vorbehaltenen Pfandrechte beygelegt seyn. Keinesweges aber kann es einem Pfandgläubiger schon darum beygelegt werden, weil seine Forderung mit einem persönlichen Privilegium versehen ist, wenn er nachher, dieser Forderung wegen, ein stillschweigendes Pfandrecht von den Gesetzen erhalten, oder der Gläubiger sich eine Hypothek ausdrücklich hat bestellen lassen[53]). Denn es folgt nicht, daß derjenige Gläubiger, welcher unter den persönlichen oder chirographarischen Gläubigern eine vorzügliche Stelle einnimmt, dieselbe auch unter den hypothekarischen Gläubigern behaupten müsse.

Alle diese hier angeführten Privilegien, welche den Gläubigern zu ihrer Sicherheit zustehen, haben nun also ihren nächsten Grund in den Gesetzen, und können daher ohne eine gesetzliche Disposition einem Gläubiger eben so wenig eingeräumt werden, als sie eine Ausdehnung auf ähnliche Fälle zulassen[54]). Ob sie übrigens aus geschriebenen Gesetzen, oder aus dem Gewohnheitsrecht, wie die ersten gesetzlichen Hypotheken, ihren Ursprung herleiten, ist gleichviel[55]). Quae enim longa consuetudine probata

53) Man vergleiche z. B. *L.* 38. §. 1. *D. de reb. auct. iud. possid.* mit *L.* 8. *D. Qui potior. in pignore* und *L.* 4. *Cod. eodem. VIII.* 18. Dabelow Concurs der Gläub. S. 253. Thibaut System des Pandectenr. 3. B. §. 1235.

54) *L.* 14. *et L.* 15. *D. de Legib.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 8. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1077. RUNDE cit. Commentat. de histor. indole ac vi remedior. securitatis. §. 11. Meißner angef. Darstellung. §. 22.

55) von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 82. S. 262. und §. 127. S. 555. Meißner §. 29.

so läßt sich zwar nicht schlechterdings behaupten, daß das erstere durch die letztere aufgehoben worden sey, weil beydes, das privilegium und das Pfandrecht, gegen Verschiedene, nämlich das erstere gegen andere Gläubiger, das letztere aber gegen die Besitzer der verpfändeten Sachen seine Wirkung äußert[51]). Allein das Pfandrecht macht hier durch seine Allgemeinheit das privilegium exigendi nutzlos. Auf keine[52]) Weise aber kann derjenige Gläubiger, dem die Gesetze seiner Forderung wegen nur eine Hypothek gegeben haben, aus diesem Grunde allein, weil er ein gesetzlicher Pfandgläubiger ist, auch ein privilegium exigendi ansprechen, wenn er etwa, weil die gesetzlich verpfändete Sache nicht mehr vorhanden ist, nicht als Pfandgläubiger locirt werden könnte. Denn es läßt sich nicht von dem stärkern Recht auf das schwächere schließen, weil das privilegium exigendi, als eine besondere gesetzliche Begünstigung, eine solche Ausdehnung nicht erlaubt[53]).

3) *Privilegium hypothecae*, wenn in den Gesetzen einer gewissen Hypothek ein Vorzug vor andern, obgleich ältern Pfandgläubigern, welche ein gleiches Privilegium nicht haben, beygelegt wird, und selbst unter diesen privilegirten Hypotheken wieder einige vor anderen begünstiget sind, wovon Tit. IV. des 20. Buchs handelt. Ein solches

51) S. *Ios.* FINESTRES Hermogenianus ad L. 25. D. de tut. et rat. distrah. §. 8 — 10. pag. 819. sqq. und Dabelow vom Concurse der Gläubiger S. 254. Nr. III.

52) HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 4620. nr. 4. und Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 3. B. §. 1235. C. und §. 1238. F.

53) S. Christ. Gottl. von Gmelin Ordnung der Gläubiger bey dem Gantprozeße. §. 127. S. 556. (Stuttgard und Tübingen 1813.)

ches Vorzugsrecht kann einem stillschweigenden, oder auch einem ausdrücklich vorbehaltenen Pfandrechte beygelegt seyn. Keinesweges aber kann es einem Pfandgläubiger schon darum beygelegt werden, weil seine Forderung mit einem persönlichen Privilegium versehen ist, wenn er nachher, dieser Forderung wegen, ein stillschweigendes Pfandrecht von den Gesetzen erhalten, oder der Gläubiger sich eine Hypothek ausdrücklich hat bestellen lassen[53]). Denn es folgt nicht, daß derjenige Gläubiger, welcher unter den persönlichen oder chirographarischen Gläubigern eine vorzügliche Stelle einnimmt, dieselbe auch unter den hypothekarischen Gläubigern behaupten müsse.

Alle diese hier angeführten Privilegien, welche den Gläubigern zu ihrer Sicherheit zustehen, haben nun also ihren nächsten Grund in den Gesetzen, und können daher ohne eine gesetzliche Disposition einem Gläubiger eben so wenig eingeräumt werden, als sie eine Ausdehnung auf ähnliche Fälle zulassen[54]). Ob sie übrigens aus geschriebenen Gesetzen, oder aus dem Gewohnheitsrecht, wie die ersten gesetzlichen Hypotheken, ihren Ursprung herleiten, ist gleichviel[55]). Quae enim longa consuetudine probata

53) Man vergleiche z. B. *L.* 38. §. 1. *D. de reb. auct. iud. possid.* mit *L.* 8. *D. Qui potior. in pignore* und *L.* 4. *Cod. eodem. VIII.* 18. Dabelow Concurs der Gläub. S. 253. Thibaut System des Pandectenr. 3. B. §. 1235.

54) *L.* 14. *et L.* 15. *D. de Legib.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 8. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1077. RUNDE cit. Commentat. de histor. indole ac vi remedior. securitatis. §. 11. Meißner angef. Darstellung. §. 22.

55) von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 82. S. 262. und §. 127. S. 555. Meißner §. 20.

bata sunt, sagt Hermogenian[57], non minus, quam ea, quae scripta sunt iura, servantur. Die besondern Gründe dieser Privilegien sind, abgesehen von dem entfernten Grunde der Billigkeit, worauf sie alle von den Gesetzen gebauet sind[57], folgende[58]. 1) Vermuthete Uebereinkunft des Gläubigers und Schuldners, besonders in solchen Geschäften, welche in gemeinem Leben eben so alltäglich sind, als der Gläubiger dabey leicht hintergangen, und um seine vermeinte Sicherheit gebracht werden kann. Dieß ist der Fall bey der Hypothek, welche die Gesetze dem Vermiether und Verpächter geben. 2) Besondere Begünstigung des Gläubigers, vorzüglich solcher Personen, die selbst auf ihre Sicherheit bedacht zu seyn nicht im Stande sind, und deren Vortheil selbst mit dem Interesse des Staats verknüpft ist, wie bey den Pupillen und Minderjährigen, den Wahnsinnigen, den Kindern, den Ehefrauen, und dem Fiskus der Fall ist[59]. 3) Besondere

56) *L.* 35. *D. de Legibus.*

57) *L.* 17. §. 1. *L.* 19. §. 1. *D. de rebus auct. iud. possid. L.* 12. §. 1. *Cod. Qui potior. in pignore. Io. Aug.* HELLFELD Progr. de eo, quod in hypothecis tacitis aequum vel iniquum est. (in *Opuscul.* et *Dissertat. iur. civ.* Nr. XI.)

58) S. *Io. de* BACK, Diss. ad L. 1. D. In quib. caus. pignus vel hypoth. tacite contrah. *Lugd. Batavor.* 1724. Cap. 2. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertat. iurid. select. in Acad. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. III. pag. 70. s.) FINESTRES Hermogenianus pag. 816. §. 2. RUNDE cit. Commentat. de histor. indole ac vi remedior. securitatis §. 12. und Meißner vom stillschweigenden Pfandrecht §. 21.

59) *L.* 1. *D. Soluto matrim. L.* 18. *D. de reb. auctorit. iudic. possid. L.* 1. §. 20. *D. de Quaestion.*

sondere Begünstigung gewisser Forderungen wegen ihrer nothwendigen oder nützlichen Zwecke, wie z. B. herrschaftliche Steuern, versprochenes Heyrathsgut, Darlehn zur Wiederherstellung eines vernichteten Gebäudes, oder zur Erbauung, Ausrüstung, oder auch Erkaufung eines Schiffs [60]).

Unter den bisher gedachten verschiedenen Privilegien und Sicherheitsrechten der Gläubiger findet übrigens noch ein wichtiger Unterschied Statt, welcher darin besteht, daß zwar stillschweigende Hypotheken, als solche, das heißt, abgesehen von dem Privilegium, welches ihnen etwa beygelegt ist, sowohl auf die Erben des Gläubigers übergehen, als auch zugleich mit der Forderung auf einen Andern übertragen und abgetreten werden können; wenn sie auch aus einer besondern Begünstigung des Gläubigers wären eingeführt werden [61]); in Ansehung der übrigen Privilegien aber es darauf ankommt, ob sie Begünstigung der Person, oder nur der Forderung des Gläubigers zum Grunde haben. Nur letztere, aber nicht die ersteren, gehen auf die Erben, und können auch cedirt wer-

60) *L. 1. h. t. L. 24. §. 1. L. 26. D. de reb. auct. iud. poss.*

61) Schon die Natur des Pfandrechts, als eines dinglichen Rechts, lehrt uns, daß es nicht auf die Person des Gläubigers eingeschränkt seyn könne. Dieß bestärken aber auch die Gesetze. *L. 6. D. de heredit. vel act. vend. §. 29. I. de action. Nov. XCI. Praef. et Cap. 1.* S. Schweppe Röm. Privatrecht 1. B. §. 302. u. §. 307. *Ge. Frid.* Deinlin Diss. de transitu hypothecae tacitae in bonis tutoris ad heredes pupilli. *Altorfii 1724. Henr. God.* Bauer Diss. de

werden[62]). Man pflegt die erſteren *privilegia personalia s. personae*, die letzteren aber *privilegia realia s. causae* zu nennen, und es kommt dann in dieſer Beziehung nichts weiter darauf an, ob das privilegium ein bloßes privilegium exigendi oder ein privilegium hypothecae iſt. Z. B. das privilegium exigendi, welches der Braut wegen der dos zuſteht, iſt ſo, wie das privilegium hypothecae der Ehefrau, ein privilegium personae, welches weder auf die Erben noch den Ceſſionar übergeht[63]). Eben ſo iſt das Privilegium, was den Pupillen, und Minderjährigen, ſo wie den Verſtandloſen, den Verſchwendern, Kranken und Taubſtummen wegen ihrer Forderungen an dem Vermögen ihrer Tutoren und Curatoren, der Protutoren, und derjenigen, welche ſich aus Freundſchaft der Angelegenheiten dieſer Hülfsbedürftigen

de pignore pupilli. *Lipsiae* 1760. §. 25.—30. *Car. Frid.* WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. III. §. 25. Zum Theil anderer Meinung iſt Dabelow von Concurſe der Gläubiger. S. 258.

62) *L.* 68. *D. de div. reg. iur.* In omnibus causis id obſervatur, ut, ubi *personae conditio* locum facit beneficio, ibi deficiente ea, beneficium quoque deficiat: ubi vero *genus actionis* id desiderat, ibi, ad quemvis persecutio eius devenerit, non deficiat ratio auxilii. — *L.* 196. *D. eodem. Privilegia* quaedam *causae* sunt, quaedam *personae*: et ideo quaedam ad heredem transmittuntur, quae *causae* sunt, quae *personae* sunt, ad heredem non transeunt. S. LAUTERBACH Diss. cit. *de* privilegio creditor. personali. §. 42.—45. und RUNDE cit. Commentat. §. 14—16.

63) *L.* 74. *D. de iure dot. L.* 17. §. 1. *L.* 19. *pr. D. de reb.*

tigen annahmen, beygelegt ist, ganz persönlich [64]). Dahingegen ist das Privilegium, welches der Forderung von Leichenkosten, ferner der Forderung desjenigen, welcher zur Wiederaufbauung eines verfallenen Hauses baar Geld geliehen hat, nicht minder dem Creditum zum Besten eines Schiffs zusteht, ein privilegium causae; sie gehen daher auf Universal- und Singular-Successoren über [65]).

Hier ist nun blos von gesetzlichen Hypotheken die Rede, und diese sind zweyfach, allgemeine und besondere, je nachdem sie entweder das ganze Vermögen des Schuldners zum Gegenstande haben, oder nicht. Mehrere [66]) nehmen auch ein gemischtes-gesetzliches Pfandrecht an. Sie rechnen dahin dasjenige, welches Legatare wegen der Auszahlung ihrer Vermächtniße haben. Dieses soll bald ein generelles bald ein specielles seyn, je nachdem die Legatare aus der ganzen Erbschaft, oder aus

reb. auct. iud. possid. L. un. Cod. de privilegio dotis. §. 29. I. de actionib. L. 12. §. 1. Cod. Qui potior, in pignore. Nov. XCI. praef. S. Io. Frid. OLEARIUS Diss. de privilegio dotis respectu heredis et cessionarii. Lipsiae 1725. Christ. GMELIN Diss. de iure dotis in concursu creditorum. Tübingae 1789. §. 4. und Das Recht von Concurse der Gläubiger S. 256.

64) L. 42. D. de admin. et peric. tut. &c. L. 19. §. 1. L. 20. 21. et 22. D. de reb. auctorit. iud. possid. S. Car. Frid. WALCH Progr. de privilegio pupilli L. 19. D. de reb. auctor. iud. poss. eius heredi denegato. Ienae 1769.

65) LAUTERBACH cit. Diss. §. 43. in fin. RUNDE cit. Commentat. §. 15. VOET Comment. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 4. §. 12. und Schweppe Röm. Privatrecht 2. B. §. 360.

66) Thibaut System des Pand. Rechts. 2. Band §. 642. und §. 644. Schweppe Röm. Priv. R. 1. B. §. 305.

einzelnen Erbschaftssachen zu entrichten sind. Z. B. wenn einem Legatar wieder die Auszahlung eines Vermächtnisses aufgelegt worden ist, so hat der zweyte Legatar zwar ein gesetzliches, aber nur ein Specialpfandrecht an den Sachen, welche der beschwerte Legatar vermöge des Testaments erhalten hat. Allein auch bey den Vermächtnissen, die der Erbe zu entrichten hat, kann das gesetzliche Pfandrecht der Legatare nur für ein *specielles* gelten, weil es ja doch nur, wie alle lehren, an den ererbten Gütern, nicht aber an dem eigenen Vermögen des Erben haftet[67]), folglich in keinem Falle das ganze Vermögen des Schuldners trifft[68]), wie auch in der Folge noch gezeigt werden wird. Uebrigens ist noch zu bemerken, daß die oben vorgekommene *L. 6. D. de pignorib.* Obligatione generali rerum, quas quis habuit, habiturusve sit, ea non continebuntur, *quae verisimile est, quemquam specialiter obligaturum non fuisse:* utputa supellex etc. da solche blos bey dem vertragsmäßig ertheilten allgemeinen Pfandrecht gilt[69]), auf ein gesetzliches Pfandrecht nicht bezogen werden kann, sofern dasselbe blos auf gesetzlicher Sanction beruhet[70]).

§. 1087.

67) *L.* 1. *Cod. Communia de legatis.*

68) S. Arn. Heise Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts. (Heidelberg 1816.) 2. B. 5. Kap. S. 51. Not. 13.

69) *Ant.* FABER Rational. ad L. 6. D. de pignorib. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. Lib. XX. Tit. 1. §. *A. speciali T. II. Oper. pag.* 435. Thibaut System des Pand. Rechts 2. B. §. 638.

70) HUBER Praelect. iur. civ. in Pand. h. t. §. 1. *Ant.* SCHULTING Thesium controversar. Dec. LXXIX. §. 4. Dabei

low

§. 1087.

Gläubiger, welche ein gesetzliches Special-Pfandrecht haben.

Ein specielles gesetzliches Pfandrecht haben folgende Gläubiger.

I. Der Vermiether eines praedii urbani, wegen seiner aus dem Miethscontract herrührenden Forderungen an allen Sachen, welche der Miethmann in das Grundstück eingebracht hat, daß sie zum Zweck der Miethe daselbst bleiben sollen, sofern sie nämlich sein Eigenthum sind [71]). *L. 4.*

low Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 126. Not. i. und Desselben Handbuch des heutigen gemeinen Römisch-Deutschen Privatrechts, 1. Th. §. 811. Anderer Meinung ist jedoch Meißner Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte §. 30.

71) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. P. III. Dec. LX. Err. 8—10. *Guil. Hieron.* BRÜCKNER Diss. de tacito pignore locatoris in rebus conductoris illatis. *Ienae* 1704. *Andr. Flor.* RIVINUS Pr. de hypotheca tacita locatori praedii urbani in illatis, et rustici in fructibus iure civ. competente. *Lipsiae* 1731. I. L. LARCHER *van* KEENEN, Diss. ad L. 4. pr. D. In quib. causis pign. *Lugd. Bat.* 1732. *Franc. Iac.* VOIRHAYE Diss. de tacito pignore locatoribus competente. *Argentor.* 1737. Christ. Gottl. von Gmelin Ordnung der Gläubiger Kap. 6. §. 120. Ad. Diet. Weber Versuch über den wahren Sinn der L. 5. C. de locato cond. in Desselben Versuchen über das Civilrecht Nr. II. S. 79. f. f. Christph. Christ. Dabelow ausführl. Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger. S. 191. f. f. Ferd. Aug. Meißner Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht §. 58. f. f. und J. H. Zirkler Revision der

L. 4. pr. D. h. t. NERATIUS *libro I. Membranarum.* Eo jure utimur, *ut quae in praedia urbana inducta, illata sunt, pignori esse credantur*, quasi id tacite convenerit. *In rusticis praediis* contra observatur.

L. 6. D. eodem. ULPIANUS *libro 73. ad Edictum.* Licet in praediis urbanis tacite solet conventum accipi, *ut perinde teneantur invecta et inlata, ac si specialiter convenisset*: certe libertati huiusmodi pignus non officit. Idque et POMPONIUS probat: ait enim, manumissioni non officere ob habitationem obligatum.

L. 7. §. 1. D. eodem. POMPONIUS *libro XIII. ex variis Lectionibus.* Videndum est, ne non omnia illata, vel inducta, sed ea sola, *quae, ut ibi sint, illata fuerint*, pignori sint? Quod magis est.

L. 4. D. de pactis. PAULUS *libro III. ad Edictum:* Item, quia conventiones etiam tacite valent, *placet in urbanis habitationibus locandis invecta illata pignori esse locatori*, etiam si nihil nominatim convenerit.

L. 2. D. h. t. MARCIANUS *libro singulari ad formulam hypothecariam.* POMPONIUS *libro XL. variarum Lectionum* scribit, non solum pro pensionibus, sed et si deteriorem habitationem fecerit culpa sua inquilinus, quo nomine ex locato cum eo erit actio, invecta et illata pignori erunt obligata.

L. 3.

der wichtigsten Lehren des positiven Rechts. 2. Th. (Giesen und Wetzlar 1807.) Nr. VI. S. 58. f. f.

L. 3. *D. h. t.* ULPIANUS *libro LXXIII. ad Edictum.* Si horreum fuit conductum vel diversorium, vel area: tacitam conventionem de invectis illatis etiam in his locum habere, putat NERATIUS. Quod verius est.

L. 5. *Cod. de locato et conducto.* Imperator ALEXANDER A. *Petronae.* Certi iuris est, ea quae *voluntate dominorum* coloni in fundum conductum induxerint, pignoris iure dominis praediorum teneri. Quando autem *domus* locatur, *non est necessaria in rebus inductis vel illatis scientia domini, nam ea quoque pignoris iure tenentur.*

L. 7. *Cod. h. t.* Imp. IUSTINIANUS A. *Ioanni* P. P. Sancimus, *de invectis a conductore rebus et illatis, quae domino pro pensionibus tacite obligantur*, non solum in utraque Roma, et territorio earum hoc ius locum habere, sed etiam in nostris provinciis. *Tali enim iusta praesumtione etiam omnes nostros provinciales, perpotiri desideramus.*

Diese Hypothek ist unter den aus dem Röm. Recht uns bekannt gewordenen stillschweigenden Hypotheken die älteste. Sie war ursprünglich eine ausdrückliche Conventionalhypothek, und bey der großen Menge der armen Miethleute in Rom, die außer einem schlechten Hausrath (frivola, wie Ulpian [72]) solchen sehr treffend nennt) sonst nichts hatten, als was sie mit ihrer Hände Arbeit verdienten, das gewöhnliche Sicherheitsmittel für die Vermie-

72) *L.* 11. §. 5. *D. de pignerat. act.* S. BRISSONIUS de Verbor. iuris significat. voc. *Frivolus.*

miether der Wohnungen, zumahl da der Miethzinß erst am 1 Julius, wenn oft die Miethe schon geendigt war, bezahlt zu werden pflegte[73]). Die Verpfändung des Hausraths, und was sonst der Miethmann der Wohnung wegen mit sich brachte, zur Sicherheit des Miethzinses, ward daher bey Hausmiethen so gewöhnlich, daß man zuletzt glaubte, sie verstehe sich von selbst, auch wenn man sie im Contract nicht ausgedruckt hätte, weil zu vermuthen sey, es werde Niemand ohne dieses Sicherheits-Mittel einen Miethcontract haben abschließen wollen[74]). Das bloße Einbringen der Sachen des Miethsmanns, und die Vermuthung, daß der Contract unter keiner andern Bedingung geschlossen sey, als daß die invecta und illata dem Vermiether für den Miethzinß haften sollten, wurde daher zur Entstehung und Begründung dieser Hypothek nach dem Gerichtsgebrauche schon für hinreichend gehalten[75]).

Ne-

73) IUVENALIS *Lib. XII. Epigr.* 32.

O Iuliarum dedecus Calendarum:
Vidi, Vacerra, sarcinas tuas, vidi,
Quas non retentas pensione pro bina
Portabat uxor. — —

74) Daher sagt der Prätor bey Ulpian *L.* 1. *XLIII.* 32. *D. de migrando.* Si is homo, quo de agitur, non est ex his rebus, *de quibus inter te et actorem convenit, ut quae in eam habitationem, qua de agitur, introducta, importata, ibi nata factave essent, ea pignori tibi pro mercede eius habitationis essent:* sive ex his rebus esset ea merces tibi soluta, eove nomine satisfactum est, aut per te stat, quominus solvatur: ita quominus ei, *qui eum pignoris nomine induxit*, inde abducere liceat, vim fieri veto.

75) S. *Franc.* BALDUINUS Commentar. de pignorib. et hypothecis. Cap. 6.

Neratius[76]) bezeichnet dieſen Gerichtsgebrauch mit den Worten: *Eo iure utimur*[77]). Anfangs galt indeſſen dieſes Recht nur in Rom, und deſſen Gebiete. Es ging nachher auch auf das neue Rom, und deſſen Gebiet über. In den Provinzen aber ſcheint dieſe ſtillſchweigende Hypothek vor Juſtinian noch nicht bekannt geweſen zu ſeyn. Denn erſt dieſer Kaiſer fand es für nöthig, ſelbige durch eine ausdrückliche Conſtitution auch in den Provinzen einzuführen[78]). Anton Faber[79]) findet in dieſer Verordnung einen neuen nicht unbedeutenden Grund, daß auch das nächſte Fundament dieſer Hypothek, ſo wie eines jeden andern ſtillſchweigenden Pfandrechts, mehr in der geſetzlichen Vorſchrift, als in einem ſtillſchweigenden Vertrage der Contrahenten zu ſuchen ſey. Quidni enim ubique gentium, ſagt er, eodem iure locatores omnes uterentur, si hoc ius ex contrahentium, sive expressa, sive tacita conventione descenderet? An non iuris gentium sunt conventiones omnes, quae ex consensu, sive expresso, sive tacito proficiscuntur? Quae vero sunt iuris gentium, an non gentibus omnibus communia sunt, nec propria urbis Romae? — Est igitur hoc merum privilegium a iure datum, id est, quod a iure magis, quam a contrahentium pacto proficiscitur.

Die-

76) *L.* 4. *D. h. t.*

77) Man ſehe *Ger.* NOODT ad Edictum Praetoris de pactis et transactionib. Cap. 2. §. *Alterum* (*Operum* Tom. I. pag. 487).

78) *L. ult. Cod. h. t.*

79) De Erroribus Pragmaticor. P. III. Decad. LX. Err. 9. in fin. et Err. 10.

Dieſes geſetzliche Pfandrecht, ſteht alſo

I. nur dem Vermiether eines praedii urbani zu. Bey praediis rusticis findet es nicht Statt. Es fragt ſich aber, was hier ein praedium urbanum im Gegenſatz eines praedii rustici ſey? Alle ſind darin einig, daß dieſe Benennungen bey dem Pfandrecht eine andere Bedeutung haben, als in der Lehre von Servituten[80]). Zwar werden Gebäude aller Art, ohne Rückſicht ihrer Beſtimmung und Lage, überall zu den praediis urbanis gerechnet. Hierin ſtimmen alle Stellen unſers römiſchen Geſetzbuchs überein, welche der praediorum urbanorum gedenken.

L. 198. *D. de Verbor. Significat.* ULPIANUS *Lib. II. de omnibus Tribunalibus.* Urbana praedia, *omnia aedificia* accipimus, non solum ea, quae sunt *in oppidis*, sed et si forte *stabula* sunt, vel alia *meritoria* in *villis* et in *vicis*: vel si *praetoria* voluptati tantum deservientia: *quia urbanum praedium non locus facit, sed materia.*

L. 1. *pr. D. Communia praediorum.* ULPIANUS *lib. II. Institutionum.* Aedificia, *urbana* quidem *praedia* appellamus: caeterum, et si *in villa* aedificia sint, aeque *servitutes urbanorum praediorum* constitui possunt.

L. 3.

80) *Arn.* VINNIUS Select. iuris quaestion. Lib. I. cap. 30. *Io.* MERCERII Conciliator. Cap. 5. *Marc.* LYCKLAMA *a* NYHOLT Membranar. Lib. II. Eclog. 8. *Abr.* WIELING Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 1. §. *Adfinis* pag. 88. *Chr. Hen.* ECKHARD Hermenevt. iuris Lib. I. §. 200. *Io. Christ.* KOCH Diss. de praedio urbano et rustico. *Ienae* 1757. Ad. Diet. Weber Verſuche über das Civilrecht. S. 82. f. f.

L. 3. *D. h. t.* ULPIANUS *libro LXXIII. ad Edictum.* Si *horreum* fuit conductum vel *diversorium* vel area: tacitam conventionem *de invectis illatis* etiam in his locum habere, putat NERATIUS, quod verius est.

L. 4. §. 1. *D. eodem.* NERATIUS *libro I. Membranarum.* *Stabula*[81]) quae non sunt in continentibus aedificiis, quorum praediorum ea numero habenda sint, dubitari potest? Et quidem *urbanorum* sine dubio non sunt, *cum a caeteris aedificiis separata sint.* Quod *ad causam tamen taciti pignoris* pertinet, non multum *ab urbanis praediis* differunt.

Allein deswegen heißen doch nicht gerade alle andere Grundstücke hier, wie bey den Servituten, praedia rustica. Nein, das Besondere in der Lehre von stillschweigenden Pfandrecht zeigt sich eben darin, daß hier auch solche Grundstücke, welche keine Gebäude, sondern an sich leere Plätze sind, für praedia urbana gehalten werden, sofern nämlich keine natürlichen Früchte davon zu ziehen sind. Ulpian führt zum Beyspiel eine area an, d. i. ein leerer Platz, den man zum Bleichen, Dreschen oder Trocknen in der

81) Es ist hier von Viehställen die Rede, welche von Gebäuden abgesondert, auf dem Felde in bloßen Umzäunungen bestehen, in welche die Viehheerden zur Nachtzeit unter der Aufsicht des Hirten eingeschlossen sind. COLUMELLA *de Re Rustica* Lib. I. cap. 6. S. *Iul. a* BEYMA Commentar. in Titulum Dig. de Verbor. Significat. (*Leovardiae* 1649.) ad L. 198. h. t. und *Io.* GOEDDAEUS Commentar. repetitae praelect. in eundem Titulum et L. 198. nr. 3. pag. 1096.

der Stadt oder auf dem Lande zu gebrauchen pflegte[82]). Neratius rechnet auch Viehställe hierher, welche nicht mit Gebäuden in Verbindung sind, sondern auf dem Felde in bloßen Umgebungen oder Schranken bestehen, in denen das Vieh im Sommer zur Nachtzeit unter freien Himmel ruhet. Beyde würden, wenn von Dienstbarkeiten die Rede ist, ohne Zweifel zu den praediis rusticis gehören; allein quod *ad causam taciti pignoris* pertinet, sagt Neratius, non multum ab *urbanis praediis* differunt. Es ergiebt sich hieraus, daß es in der Materie des stillschweigenden Pfandrechts auf die Beschaffenheit und den Gebrauch ankommt, wozu das Grundstück vermiethet oder verpachtet worden ist. Trägt nämlich dasselbe keine natürlichen Früchte, sondern es ist entweder ein Gebäude, es sey von welcher Art es wolle, welches man entweder zur täglichen Bewohnung (domus, urbana habitatio, coenaculum) oder zum Vergnügen, (praetorium) oder zu einem Aufenthalt auf kurze Zeit, (diversorium, Wirthshaus, Absteigequartier) oder zur Aufbewahrung von Sachen (horreum) wie z. B. Scheuern, Schuppen, Vorrathsgebäude, Niederlagen, Magazine; oder ein Stallgebäude (stabulum), welches man zum Aufenthaltsort und zur Verwahrung des Viehes gemiethet hat; oder es ist auch nur ein leerer Platz, wo kein Gebäude steht, (area) welcher zum Bleichen, Dreschen und Trocknen dient, oder ein umzäunter oder eingeschlossener Platz auf dem Felde, den man zum nächtlichen Aufenthalt des

82) *L.* 211. *D. de Verb. Significat. L.* 14. §. 3. *D. de aliment et cibar. legatis.* S. *Arn.* VINNIUS Tr. de pactis. Cap. XII. §. 2. BRISSONIUS de Verbor. Signif. v. *Area.*

des Viehes im Sommer gepachtet hat, (bubile aestivum, stabulum aestivum sub dio, parietibus circumseptum, ut illic pecora per aestatem conquiescant, wie Columella[83]) sagt); so wird ein solches Grundstück hier *praedium urbanum* genennt. Ist hingegen das Grundstück ein solches, worauf fructus naturales gezogen werden, so daß ihre Perception Zweck der Pachtung ist, so heißt es hier ein *praedium rusticum*. Es ist jedoch dabey immer nur auf die vermiethete oder verpachtete Hauptsache zu sehen. Denn wären z. B. dem Pächter zugleich Gebäude, die zu dem ihm verpachteten praedio rustico gehören, aber blos als Nebensache zum Gebrauch mit überlassen worden, und der Pächter hätte darin Sachen und Geräthe untergebracht; so sind diese Gebäude doch nicht als praedia urbana zu betrachten, und dem Verpächter steht an den darin gebrachten Sachen kein Pfandrecht zu[84]). Wären hingegen diese Gebäude, z. B. die Scheuern, Dreschtennen und Viehställe allein und ohne den fundus vermiethet worden, so daß sie den Hauptgegenstand und Zweck der Miethung ausmachen, so würden sie nun als praedia urbana erscheinen, und die invecta und illata dem Pfandrechte des Vermiethers ohne Zweifel unterworfen seyn. Eben so können Gärten bald zu den praediis urbanis bald rusticis gehören. Befindet sich nämlich ein Garten an dem gemietheten Hause, so ist er, wie das Haus, dessen accessorium er ist, ein prae-

83) *De Re Rustica* Lib. I. Cap. 6. Scriptor. rei rusticae veter. Vol. II. pag. 38. (*edit. bipontin.*)

84) S. *Hug.* DONELLUS de pignorib. Cap. IV. Verb. *Dixerit quispiam*, pag. 105. und Weber's angef. Versuche S. 86.

denen man ſonſt annimmt, daß ſie in einem allgemeinen Conventional-Pfandrecht nicht mit begriffen ſind, z. B. der nöthige Hausrath, das Handwerkszeug, die Bücher des Miethmanns [92]). Viele [93]) ſind zwar anderer Meinung, allein die *L.* 6. und 7. *D. de pignoribus* reden nur von einem allgemeinen Conventional-Pfandrecht, von welchem ſich auf ein beſonderes geſetzliches Pfandrecht nicht ſchließen läßt. Es erſtreckt ſich auch das Pfandrecht nur auf ſolche Sachen, welche, wie Pomponius [94]) ſagt in der

92) *Jo.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4. in fin. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XX. Tit. 2. §. 1. *Jul. Frid.* MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. II. §. 572. *Jo. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. h. t. §. 8. STRUV Synt. iuris civ. T. II. Exerc. XXVII. Th. 16. Meißner vom ſtillſchw. Pfandrecht §. 63. Gebr. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien. 4. Band. Meditat. 253.

93) *Reinh.* BACHOVIUS de pignor. Lib. I. cap. 11. nr. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. h. t. §. 113. CARPZOV Iurispr. for. P. II. Const. 25. Def 20. *Ern.* TENZEL Diss. de hypotheca tacita, quatenus libros studiosorum afficit. *Erf.* 1721. Allein man ſehe *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 16.

94) *L.* 7. §. 1. *D. h. t.* Nach dem Zuſammenhang der Worte ſcheint zwar hier von einer expreſſen Hypothek auf die Invecta und Illata bey praediis ruſticis die Rede zu ſeyn, bey welchen ſonſt nur die darauf wachſenden Früchte geſetzlich verpfändet ſind. Denn im Eingange dieſes Geſetzes ſpricht Pomponius von der Hypothek an den Früchten, und geht dann auf einmal zu der Hypothek an den Illatis und Inductis über. Die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 3. Const. 7. §. 1. pag. 50. (edit. *Fabroti*) haben auch das Geſetz in dieſer Verbindung

wie-

der Absicht eingebracht sind, *ut ibi sint.* Das Seyn in dem Prädium muß wenigstens für den Augenblick an sich als Zweck der Miethe betrachtet werden können; dann kommt es nicht darauf an, wie lange die Sachen daselbst blei-

wirklich genommen. Denn da heißt es: Οὐ πάντα δὲ τὰ ἐναγομενα εἰς τον ἀγρὸν ὑπόκεινται, ἀλλὰ τα ἐπὶ τῷ ἐν αὐτῷ διηνεκῶς εἶναι εἰσαγόμενα. i. e. *Non omnia autem illata in fundum pignori subsunt, sed ea tantum, quae, ut ibi perpetuo sint, inducta sunt.* Man hat daher eben so wenig Ursach, mit Meißner S. 155. Not. 65. die Verfasser der Basiliken eines Irrthums zu bezüchtigen, als mit Connanus Commentarior. iuris civ. Lib. IV. cap. 16. fol. 305. in fin. (*Paris* 1553. *f.*) den Verfassern der Pandecten den Vorwurf einer Unachtsamkeit zu machen. Denn daß man sich auch bey praediis rusticis die illata und inducta mit verpfänden ließ, war gar nichts Seltenes. *L.* 11. §. 2. *D. Qui potior. in pignore. L.* 5. *C. in quib. caus. pignus.* Eine merkwürdige Stelle von einer solchen ausdrücklichen Verpfändung der invectorum et inductorum ist auch *L.* 32. *D. de pignorib. et hyp.* wo Scävola sagt: Debitor pactus est, *ut quaecunque in praedia pignori data inducta, invecta, importata, ibi nata, paratave essent, pignori essent:* eorum praediorum pars sine colonis fuit, eaque actori suo colenda debitor ita tradidit, adsignatis et servis culturae necessariis. Quaeritur, an et Stichus villicus, et caeteri servi ad culturam missi, et Stichi vicarii obligati essent? Respondit, *eos duntaxat, qui hoc animo a domino inducti essent, ut ibi perpetuo essent, non temporis causa accommodarentur, obligatos.* Man sieht hieraus, daß man es der Natur der Sache gemäß hielt, bey einer Verpfändung der invectorum et illatorum immer nur dasjenige als Gegenstand des Pfandrechts zu betrachten, was in dem Grundstück bleiben soll.

bleiben sollen. Denn man setze, ich nehme bey einer drohenden Gefahr geflüchtetes Gut, und miethe zu seiner einstweiligen Verwahrung ein Zimmer. Hier leidet es keinen Zweifel, daß es dem Pfandrecht des Locators unterworfen sey. Wenn ich hingegen in die gemiethete Wohnung, in welcher ich mich mit meinen Sachen bereits befinde, Sachen, die für diese Miethe nicht bestimmt sind, blos einstweilen einstelle, weil ich sie sonst nirgends unterbringen konnte, also, wie Scävola *L.* 32. *D. de pignorib.* sich ausdrückt: *ut ibi temporis causa accommodarentur*; so erstreckt sich darauf das Pfandrecht des Locators nicht, weil ihr Hierseyn blos zufällig ist[95]). Die Illation muß also immer mit dem Zweck der Miethe natürlich verbunden seyn, es sey nun, daß die Sachen dem Miethmann zur Einrichtung und Zweck der Wohnung dienen sollen, oder daß das Praedium zur Verwahrung derselben eigens gemiethet worden sey[96]). Auf keine Weise sind übrigens bloße Documente, als Schuldverschreibungen, Kaufbriefe und dergleichen, dem Pfandrechte des Locators unterworfen, weil diese nicht zum beständigen Gebrauche, sondern blos zum Beweise von Forderungen und Sachen dienen. Hierin sind wenigstens, ausser Ulrich Zasius[97]), alle einverstanden[98]).

IV. Dem

95) *Frid. Es. a.* PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. II. Obs. 29.

96) S. Zirkler's Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts. 2. Th. S. 176. f.

97) Enarration. in Tit. Institution. de actionibus ad §. 7. h. T. nr. 19. (*Operum* Tom. IV. *Lugduni* 1550. f. pag. 65.)

98) *Ant.* NEGUSANTIUS Tr. de pignorib. et hypothec. P. II. Mem-

IV. Dem Vermiether steht jedoch das gesetzliche Pfandrecht nur wegen derjenigen Forderungen zu, die aus dem Miethcontract entspringen. Es kommt ihm also nicht nur wegen des schuldigen Miethzinses, von so viel Jahren er auch immerhin rückständig seyn mag, sondern auch wegen des an der gemietheteten Sache durch des Conductors verantwortliche Schuld verursachten Schadens, oder wozu sich der Miethmann etwa sonst noch durch Nebenverträge verpflichtet hat, kurz wegen alles dessen zu statten, was der Miethmann aus dem Contract schuldig ist, und wegen dessen die actio locati angestellt werden kann, wie aus der bereits oben wörtlich angeführten *L.* 2. *D. h. t.* [99]) erhellet. Auf andere Forderungen hingegen, welche aus

 dem

Membr. IV. nr. 153. verb. *Octavo.* pag. 192. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 116. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. III. §. 562. Meißner vom stillschw. Pfandrecht. §. 63. S. 155. Thibaut System des Pand. Rechts. 2. B. §. 642. Not. d. u. a. O.

99) Daß die Worte: *quo nomine ex locato cum eo erit actio*, auf alle Forderungen des Locators, wegen welcher ihm die actio locati zusteht, zu erstrecken sey, leidet keinen Zweifel, wenn man auch nicht mit *Jo. Guil.* HOFFMANN Meletemat. ad Pand. Diss. XVIII. §. 3. statt quo nomine, *quoquo* nomine lesen will. Die *Basilica T.* IV. pag. 49. haben περὶ ὧν καὶ τῇ ἐπὶ τῇ μισθώσει ἀγωγῇ χώρα ἐστὶν, und bestärken die gemeine Lesearт. Man vergleiche auch *L.* 1. §. 4. *D. de migrande*, und BACHOV de pignor. et hyp. Lib. I. cap. 11. nr. 7. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 91. et 117. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1178. Dabelow vom Concurse der Gläubiger. S. 195. von Gmelin Ordnung der Gläubiger Kap. 6. §. 120. S. 524. Meißner vom stillschw. Pfandrecht. §. 63.

dem Miethcontract nicht herrühren, erstreckt sich das Pfandrecht des Vermiethers nicht, z. B. wenn dieser dem Miethmann die Kost gegeben, oder Geld geliehen haben sollte [100]).

V. Der Anfang dieses Pfandrechts ist nicht von der Zeit des geschlossenen Miethcontracts an zu rechnen, sondern es entsteht erst, nachdem die Sachen des Miethmanns eingebracht worden sind [1]). Hat also ein Dritter zwar erst nach geschlossenem Contract, aber doch noch vor erfolgter Illation auf diesen Sachen eine Hypothek erhalten, so geht dieser dem Vermiether vor.

L. 11. §. 2. *D. Qui potiores in pignore.* CAIUS *lib. singulari de formula hypothecaria.* Si colonus convenit, *ut inducta in fundum, illata, ibi nata, pignori essent*, et antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit: *quia non ex conventione priori obligatur, sed ex eo, quod inducta res est, quod posterius factum est.*

Es

100) HOFACKER c. l. §. 1178. not. b. Struben rechtliche Bedenken Th. 3. Bed. 12.

1) *Jo. Henr. de* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 5. Th. 6. not. 1. von Smelin a. a. O. §. 120. S. 524. und Meißner a. a. O. §. 65. *Udalr.* ZASIUS in Enarrat. in Tit. Institut. de Action. §. 7. nr. 24. *Oper.* Tom. IV. pag. 66. bemerkt daher, daß sich die Hypothek des Locators hierin von allen andern stillschweigenden Hypotheken unterscheide, daß zur Entstehung derselben zwey Kräfte zusammen wirken müssen, lex und factum hominis.

Es ist zwar hier von einer ausdrücklichen Verpfändung der in einen gepachteten fundus (praedium rusticum) eingebrachten Sachen des Pächters die Rede; es hat indessen keinen Zweifel, daß dieses auch von dem durch das Gesetz an den invectis und illatis des Miethmanns constituirten Pfandrecht gelten müße, da solches auf einen vermutheten Vertrag der Contrahenten gegründet, und überhaupt so beschaffen ist, daß sich der Gegenstand desselben gar nicht eher denken läßt, als nachdem die Sachen wirklich eingebracht sind [2]). In den Basiliken [3]) ist daher auch dasjenige, was hier von den invectis et illatis coloni in fundum gesagt ist, gerade auf die illata in aedes conductas übertragen worden. *Τὰ εἰσαγόμενα εἰς τὸν μισθωθέντα οἶκον προφάσει τῆς μισθώσεως ὑποτιθέμενα, οὐκ ἐκ τοῦ συμφώνου ἀλλ' ἐξ οὗ εἰσαχθῇ, ὑπόκεινται. ὅθεν ἐάν ἄλλῳ τινὰ, ἐξ αὐτῶν ἰδικῶς καὶ χωρὶς αἱρέσεως ὑποτεθῇ, προτιμᾶται.* i. e. *Illata in aedes conductas pensionis nomine obligata, non ex conventione, sed ex quo inducta sunt, obligantur. Unde si alii quaedam ex his specialiter et pure obligata sint, is potior erit.* Giebt hingegen der Miethmann, nach dem geschehenen Einbringen der Sachen, einem Dritten darauf ein Pfandrecht, so geht diesem der Locator mit der gesetzlichen Hypothek vor, wenn auch der Dritte sein Pfandrecht erhielt, ehe noch der Miethzins gefällig, oder die Deterioration an der gemietheten Sache geschehen war. Denn hatte gleich der Locator damals

2) Gesterding Pfandrecht §. 17. S. 98. und Westphal Pfandrecht §. 102. Not. 122. S. 154.

3) Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 5. Const. 11. §. 1. pag. 61.

mals noch kein actuelles Recht, welches er schon hätte geltend machen können, so hatte er doch wenigstens ein durch die Illation entstandenes potentielles Recht[4]). Dieses Pfandrecht dauert nun zwar so lange, bis die Verbindlichkeit des Miethmanns getilgt, und der locator befriedigt ist, doch afficirt es die Illata nicht dergestalt, daß der Conducter nun über das Seinige gar nicht mehr zu disponiren vermöchte; sondern er kann, desselben ungeachtet, Sachen, welche er inferirt hat, veräussern, ohne daß gegen den dritten Besitzer schlechthin die hypothekarische Klage Statt findet. Nur eine solche Disposition kann ihm inhibirt werden, welche erweislich, in fraudem jenes Pfandrechts, d. i. in der kostbaren Absicht, dem Vermiether seine Sicherheit zu vereiteln, vorgenommen würde. Sonst hat diese gesetzliche Hypothek die schon von mehreren Rechtsgelehrten[5]) anerkannte Eigenheit, daß sie, der Verpfändung

4) *L.* 9. *pr. D. Qui potior. in pignore.* von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 120. S. 526. und Meißner §. 65. S. 162.

5) *Udalr.* ZASIUS Enarrationes in Tit. Institution. de Actionib. ad §. *Item Serviana* 7. nr. 26—28. *Oper.* Tom. IV. pag. 67. *Franc.* CONNANUS Commentarior. iuris civ. Tom. I. Lib. IV. cap. 16. Fol. 307. b. sq. *Ant.* FABER de erroribus Pragmaticor. P. III. Decad. LXI. Err. 3. et 4. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 9. *Jo.* BRUNNEMANN Commentar. in Pandect. ad L. 9. Tit. In quib. caus. pignus. nr. 3. sqq. *Greg.* MAIANSIUS Disputationum iuris civ. Tom. I. Disp. X. §. 4. sqq. *Tob. Iac.* REINHARTH Exercit. de nonnullis Pragmaticorum erroribus circa doctrinam de tacita hypotheca. *Goettingae* 1736. §. 9. *not. ll.* und Zirkler Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts. 2. Th. Nr. VI. S. 174. ff.

dung einer Taberna oder Universitas rerum ähnlich, nur diejenigen Sachen zunächst zum Gegenstande hat, welche zu der Zeit, da sie geltend gemacht wird, als Invecta und Illata in dem praedio conducto befindlich sind. Denn die Wirkung derselben besteht hauptsächlich darin, daß der Locator, wenn der Miethmann, ohne seine Schuldigkeit entrichtet zu haben, ausziehen will, desselben Sachen in Beschlag nehmen kann. Diese Wirkung ist zwar dem Retentionsrechte analog, unterscheidet sich aber doch von einem bloßen Zurückhaltungsrechte darin, daß es Wirkung eines Pfandrechts ist, und daher dem Locator nicht nur bey entstandenem Concurse mit seiner Forderung aus dem Miethcontrakt, in Ansehung der retinirten Sachen, einen Platz unter den Pfandgläubigern gewährt; sondern auch das Recht giebt, in dem Falle, da von den retinirten Sachen selbst welche in fremde Hände gekommen seyn sollten, solche mit der hypothekarischen Klage zu vindiciren. Die Beweise zur Bestätigung dieser Behauptung sind folgende Gesetzstellen.

L. 9. *D. h. t.* PAULUS *libro singulari de officio Praefecti Vigilum.* Est differentia obligatorum propter pensionem, et eorum, quae ex conventione *manifestarii pignoris*[6]) *nomine* tenentur: quod ma-

6) Die Lesearт ist hier sehr verschieden. Haloander liest *ex conventione manifestaria.* Baudoza *ex conventione manifesta.* Eben so unser Cod. Pand. Erlang. Taurellus, Russard, Charondas und Hugo a Porta haben *ex conventione manifestarii pignoris.* In den *Basilicis* Tom. IV. pag. 50. in fine heißt es blos: Τὰ ἐκ συμφώνου ὑποτεθέντα ἀνδράποδα οὐκ ἐλευθεροῦνται. c. l. *Man-*

denen man sonst annimmt, daß sie in einem allgemeinen Conventional-Pfandrecht nicht mit begriffen sind, z. B. der nöthige Hausrath, das Handwerkszeug, die Bücher des Miethmanns [92]). Viele [93]) sind zwar anderer Meinung, allein die *L.* 6. und 7. *D. de pignoribus* reden nur von einem allgemeinen Conventional-Pfandrecht, von welchem sich auf ein besonderes gesetzliches Pfandrecht nicht schließen läßt. Es erstreckt sich auch das Pfandrecht nur auf solche Sachen, welche, wie Pomponius [94]) sagt in der

92) *Jo.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4. in fin. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XX. Tit. 2. §. 1. *Jul. Frid.* MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. II. §. 572. *Jo. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. h. t. §. 8. STRUV Synt. iuris civ. T. II. Exerc. XXVII. Th. 16. Meißner vom stillschw. Pfandrecht §. 63. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 4. Band. Meditat. 253.

93) *Reinh.* BACHOVIUS de pignor. Lib. I. cap. 11. nr. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. h. t. §. 113. CARPZOV Iurispr. for. P. II. Const. 25. Def 20. *Ern.* TENZEL Diss. de hypotheca tacita, quatenus libros studiosorum afficit. *Erf.* 1721. Allein man sehe *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 16.

94) *L.* 7. §. 1. *D. h. t.* Nach dem Zusammenhang der Worte scheint zwar hier von einer expressen Hypothek auf die Invecta und Illata bey praediis rusticis die Rede zu seyn, bey welchen sonst nur die darauf wachsenden Früchte gesetzlich verpfändet sind. Denn im Eingange dieses Gesetzes spricht Pomponius von der Hypothek an den Früchten, und geht dann auf einmal zu der Hypothek an den Illatis und Inductis über. Die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 3. Const. 7. §. 1. pag. 50. (edit. *Fabroti*) haben auch das Gesetz in dieser Verbindung mit-

der Absicht eingebracht sind, *ut ibi sint.* Das Seyn in dem Prädium muß wenigstens für den Augenblick an sich als Zweck der Miethe betrachtet werden können; dann kommt es nicht darauf an, wie lange die Sachen daselbst blei-

wirklich genommen. Denn da heißt es: Οὐ πάντα δὲ τὰ ἐναγόμενα εἰς τον ἀγρὰν ὑπόκεινται, ἀλλὰ τα ἐπὶ τῷ ἐν αὐτῷ διηνεκῶς εἶναι εἰσαγόμενα. i. e. *Non omnia autem illata in fundum pignori subsunt, sed ea tantum, quae, ut ibi perpetuo sint, inducta sunt.* Man hat daher eben so wenig Ursach, mit Meißner S. 155. Not. 65. die Verfasser der Basiliken eines Irrthums zu bezüchtigen, als mit Connanus Commentarior. iuris civ. Lib. IV. cap. 16. fol. 305. in fin. (*Paris* 1553. *f.*) den Verfassern der Pandecten den Vorwurf einer Unachtsamkeit zu machen. Denn daß man sich auch bey praediis rusticis die illata und inducta mit verpfänden ließ, war gar nichts Seltenes. *L.* 11. §. 2. *D. Qui potior. in pignore. L.* 5. *C. in quib. caus. pignus.* Eine merkwürdige Stelle von einer solchen ausdrücklichen Verpfändung der invectorum et inductorum ist auch *L.* 32. *D. de pignorib. et hyp.* wo Scävola sagt: Debitor pactus est, *ut quaecunque in praedia pignori data inducta, invecta, importata, ibi nata, paratave essent, pignori essent:* eorum praediorum pars sine colonis fuit, eaque actori suo colenda debitor ita tradidit, adsignatis et servis culturae necessariis. Quaeritur, an et Stichus villicus, et caeteri servi ad culturam missi, et Stichi vicarii obligati essent? Respondit, *eos duntaxat, qui hoc animo a domino inducti essent, ut ibi perpetuo essent, non temporis causa accommodarentur, obligatos.* Man sieht hieraus, daß man es der Natur der Sache gemäß hielt, bey einer Verpfändung der invectorum et illatorum immer nur dasjenige als Gegenstand des Pfandrechts zu betrachten, was in dem Grundstück bleiben soll.

bleiben sollen. Denn man setze, ich nehme bey einer drohenden Gefahr geflüchtetes Gut, und miethe zu seiner einstweiligen Verwahrung ein Zimmer. Hier leidet es keinen Zweifel, daß es dem Pfandrecht des Locators unterworfen sey. Wenn ich hingegen in die gemiethete Wohnung, in welcher ich mich mit meinen Sachen bereits befinde, Sachen, die für diese Miethe nicht bestimmt sind, blos einstweilen einstelle, weil ich sie sonst nirgends unterbringen konnte, also, wie Scävola *L.* 32. *D. de pignorib.* sich ausdrückt: *ut ibi temporis causa accommodarentur*; so erstreckt sich darauf das Pfandrecht des Locators nicht, weil ihr Hierseyn blos zufällig ist[95]). Die Illation muß also immer mit dem Zweck der Miethe natürlich verbunden seyn, es sey nun, daß die Sachen dem Miethmann zur Einrichtung und Zweck der Wohnung dienen sollen, oder daß das Praedium zur Verwahrung derselben eigens gemiethet worden sey[96]). Auf keine Weise sind übrigens bloße Documente, als Schuldverschreibungen, Kaufbriefe und dergleichen, dem Pfandrechte des Locators unterworfen, weil diese nicht zum beständigen Gebrauche, sondern blos zum Beweise von Forderungen und Sachen dienen. Hierin sind wenigstens, ausser Ulrich Zasius[97]), alle einverstanden[98]).

IV. Dem

95) *Frid. Es. a.* PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. II. Obs. 29.

96) S. Zirkler's Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts. 2. Th. S. 176. f.

97) Enarration. in Tit. Institution. de actionibus ad §. 7. h. T. nr. 19. (*Operum* Tom. IV. *Lugduni* 1550. f. pag. 65.)

98) *Ant.* NEGUSANTIUS Tr. de pignorib. et hypothec. P. II. Mem-

IV. Dem Vermiether steht jedoch das gesetzliche Pfandrecht nur wegen derjenigen Forderungen zu, die aus dem Miethcontract entspringen. Es kommt ihm also nicht nur wegen des schuldigen Miethzinses, von so viel Jahren er auch immerhin rückständig seyn mag, sondern auch wegen des an der gemietheteten Sache durch des Conductors verantwortliche Schuld verursachten Schadens, oder wozu sich der Miethmann etwa sonst noch durch Nebenverträge verpflichtet hat, kurz wegen alles dessen zu statten, was der Miethmann aus dem Contract schuldig ist, und wegen dessen die actio locati angestellt werden kann, wie aus der bereits oben wörtlich angeführten *L.* 2. *D. h. t.* [99]) erhellet. Auf andere Forderungen hingegen, welche aus

 dem

Membr. IV. nr. 153. verb. *Octavo.* pag. 192. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 116. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. III. §. 562. Meißner vom stillschw. Pfandrecht. §. 63. S. 155. Thibaut System des Pand. Rechts. 2. B. §. 642. Not. d. u. a. O.

99) Daß die Worte: *quo nomine ex locato cum eo erit actio*, auf alle Forderungen des Locators, wegen welcher ihm die actio locati zusteht, zu erstrecken sey, leidet keinen Zweifel, wenn man auch nicht mit *Jo. Guil.* HOFFMANN Meletemat. ad Pand. Diss. XVIII. §. 3. statt quo nomine, *quoquo* nomine lesen will. Die *Basilica* T. IV. pag. 49. haben περὶ ὧν καὶ τῇ ἐπὶ τῇ μισθώσει ἀγωγῇ χώρα ἐστὶν, und bestärken die gemeine Lesearт. Man vergleiche auch *L.* 1. §. 4. *D. de migrando*, und BACHOV de pignor. et hyp. Lib. I. cap. 11. nr. 7. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 91. et 117. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1178. Dabelow vom Concurse der Gläubiger. S. 195. von Gmelin Ordnung der Gläubiger Th. 6. §. 120. S. 524. Meißner vom stillschw. Pfandrecht. §. 63.

dem Miethcontract nicht herrühren, erstreckt sich das Pfandrecht des Vermiethers nicht, z. B. wenn dieser dem Miethmann die Kost gegeben, oder Geld geliehen haben sollte [100]).

V. Der Anfang dieses Pfandrechts ist nicht von der Zeit des geschlossenen Miethcontracts an zu rechnen, sondern es entsteht erst, nachdem die Sachen des Miethmanns eingebracht worden sind [1]). Hat also ein Dritter zwar erst nach geschlossenem Contract, aber doch noch vor erfolgter Illation auf diesen Sachen eine Hypothek erhalten, so geht dieser dem Vermiether vor.

L. 11. §. 2. *D. Qui potiores in pignore.* CAIUS *lib. singulari de formula hypothecaria.* Si colonus convenit, *ut inducta in fundum, illata, ibi nata, pignori essent*, et antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit: *quia non ex conventione priori obligatur, sed ex eo, quod inducta res est, quod posterius factum est.*

Es

100) HOFACKER c. l. §. 1178. not. b. Struben rechtliche Bedenken Th. 3. Bed. 12.

1) *Jo. Henr. de* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 5. Th. 6. not. 1. von Smelin a. a. O. §. 120. S. 524. und Meißner a. a. O. §. 65. *Udalr.* ZASIUS in Enarrat. in Tit. Institut. de Action. §. 7. nr. 24. *Oper.* Tom. IV. pag. 66. bemerkt daher, daß sich die Hypothek des Locators hierin von allen andern stillschweigenden Hypotheken unterscheide, daß zur Entstehung derselben zwey Kräfte zusammen wirken müssen, lex und factum hominis.

Es ist zwar hier von einer ausdrücklichen Verpfändung der in einen gepachteten fundus (praedium rusticum) eingebrachten Sachen des Pächters die Rede; es hat indessen keinen Zweifel, daß dieses auch von dem durch das Gesetz an den invectis und illatis des Miethmanns constituirten Pfandrecht gelten müße, da solches auf einen vermutheten Vertrag der Contrahenten gegründet, und überhaupt so beschaffen ist, daß sich der Gegenstand desselben gar nicht eher denken läßt, als nachdem die Sachen wirklich eingebracht sind *). In den Basiliken [3]) ist daher auch dasjenige, was hier von den invectis et illatis coloni in fundum gesagt ist, gerade auf die illata in aedes conductas übertragen worden. *Τὰ εἰσαγόμενα εἰς τὸν μισθωθέντα οἶκον προφάσει τῆς μισθώσεως ὑποτιθέμενα, οὐκ ἐκ τοῦ συμφώνου ἀλλ' ἐξ οὗ εἰσαχθῇ, ὑπόκεινται. ὅθεν ἐάν ἄλλῳ τινὰ, ἐξ αὐτῶν ἰδικῶς καὶ χωρὶς αἱρέσεως ὑποτεθῇ, προτιμᾶται.* i. e. *Illata in aedes conductas pensionis nomine obligata, non ex conventione, sed ex quo inducta sunt, obligantur. Unde si alii quaedam ex his specialiter et pure obligata sint, is potior erit.* Giebt hingegen der Miethmann, nach dem geschehenen Einbringen der Sachen, einem Dritten darauf ein Pfandrecht, so geht diesem der Locator mit der gesetzlichen Hypothek vor, wenn auch der Dritte sein Pfandrecht erhielt, ehe noch der Miethzins gefällig, oder die Deterioration an der gemietheten Sache geschehen war. Denn hatte gleich der Locator damals

2) Gesterding Pfandrecht §. 17. S. 98. und Westphal Pfandrecht §. 102. Not. 122. S. 154.

3) Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 5. Const. 11. §. 1. pag. 61.

mals noch kein actuelles Recht, welches er schon hätte geltend machen können, so hatte er doch wenigstens ein durch die Illation entstandenes potentielles Recht [4]). Dieses Pfandrecht dauert nun zwar so lange, bis die Verbindlichkeit des Miethmanns getilgt, und der Locator befriedigt ist, doch afficirt es die Illata nicht dergestalt, daß der Conductor nun über das Seinige gar nicht mehr zu disponiren vermöchte; sondern er kann, desselben ungeachtet, Sachen, welche er inferirt hat, veräussern, ohne daß gegen den dritten Besitzer schlechthin die hypothekarische Klage Statt findet. Nur eine solche Dispositon kann ihm inhibirt werden, welche erweislich, in fraudem jenes Pfandrechts, d. i. in der boshaften Absicht, dem Vermiether seine Sicherheit zu vereiteln, vorgenommen würde. Sonst hat diese gesetzliche Hypothek die schon von mehreren Rechtsgelehrten [5]) anerkannte Eigenheit, daß sie, der Verpfändung

4) *L.* 9. *pr. D. Qui potior. in pignore.* von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 120. S. 526. und Meißner §. 65. S. 162.

5) *Udalr.* ZASIUS Enarrationes in Tit. Institution. de Actionib. ad §. *Item Serviana* 7. nr. 26—28. *Oper.* Tom. IV. pag. 67. *Franc.* CONNANUS Commentarior. iuris civ. Tom. I. Lib. IV. cap. 16. Fol. 307. b. sq. *Ant.* FABER de erroribus Pragmaticor. P. III. Decad. LXI. Err. 3. et 4. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 9. *Jo.* BRUNNEMANN Commentar. in Pandect. ad L. 9. Tit. In quib. caus. pignus. nr. 3. sqq. *Greg.* MAIANSIUS Disputationum iuris civ. Tom. I. Disp. X. §. 4. sqq. *Tob. Iac.* REINHARTH Exercit. de nonnullis Pragmaticorum erroribus circa doctrinam de tacita hypotheca. *Goettingae* 1736. §. 9. *not. ll.* und Zirkler Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts. 2. Th. Nr. VI. S. 174. ff.

dung einer Taberna oder Universitas rerum ähnlich, nur diejenigen Sachen zunächst zum Gegenstande hat, welche zu der Zeit, da sie geltend gemacht wird, als Invecta und Illata in dem praedio conducto befindlich sind. Denn die Wirkung derselben besteht hauptsächlich darin, daß der Locator, wenn der Miethmann, ohne seine Schuldigkeit entrichtet zu haben, ausziehen will, desselben Sachen in Beschlag nehmen kann. Diese Wirkung ist zwar dem Retentionsrechte analog, unterscheidet sich aber doch von einem bloßen Zurückhaltungsrechte darin, daß es Wirkung eines Pfandrechts ist, und daher dem Locator nicht nur bey entstandenem Concurse mit seiner Forderung aus dem Miethcontrakt, in Ansehung der retinirten Sachen, einen Platz unter den Pfandgläubigern gewährt; sondern auch das Recht giebt, in dem Falle, da von den retinirten Sachen selbst welche in fremde Hände gekommen seyn sollten, solche mit der hypothekarischen Klage zu vindiciren. Die Beweise zur Bestätigung dieser Behauptung sind folgende Gesetzstellen.

L. 9. D. h. t. PAULUS *libro singulari de officio Praefecti Vigilum.* Est differentia obligatorum propter pensionem, et eorum, quae ex conventione *manifestarii pignoris*[6]) *nomine* tenentur: quod ma-

6) Die Lesart ist hier sehr verschieden. Haloander liest *ex conventione manifestaria.* Baudoza *ex conventione manifesta.* Eben so unser Cod. Pand. Erlang. Taurellius, Russard, Charondas und Hugo a Porta haben *ex conventione manifestarii pignoris.* In den *Basilicis* Tom. IV. pag. 50. in fine heißt es blos: Τὰ ἐκ συμφώνου ὑποτεθέντα ἀνδράποδα οὐκ ἐλευθεροῦνται. e. i. Man-

manumittere mancipia obligata pignori non possumus, *inhabitantes autem manumittimus;* scilicet antequam pensionis nomine percludamur [7]): tunc enim *pignoris nomine retenta mancipia* non liberabimus: et derisus NERVA Iurisconsultus, qui per fenestram monstraverat, *servos detentos ob pensionem* liberari posse.

Es

Mancipia ex conventione obligata manumitti non possunt. Der Ausdruck manifestarium pignus wird auch verschiedentlich erklärt. Cujaz, dem auch POTHIER in Pand. Iustin. T. I. h. t. Nr. IX. not. b. beystimmt, erklärt es durch pignus expressum. Dion. Gothofredus aber durch pignus speciale, welcher letzteren Erklärung auch TUSSANUS DE LA RUE Amoenar. iuris Observat. Decad. I. cap. 5. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. V. pag. 1495.) seinen Beyfall, und Westphal im Pfandrecht §. 21. Not. 37. S. 58. den Vorzug giebt.

7) Auch hier ist die Leseart verschieden. Haloander lieset *praecludamur.* Baudoza *praecludantur.* Uebrigens bezieht sich dieses auf die Sitte der Römer, daß wenn der Miethmann den Miethzins nicht bezahlte, der Locator desselben Sachen von den dazu autorisirten öffentlichen Personen aufzeichnen, und verschließen lassen konnte. *L.* 56. *D. Locati. L.* 20. *D. de Injuriis. I.* 1. *et* 2. *II.* 17. *Cod. Ut nemini liceat sine iudicis auctoritate signa rebus imponere alienis.* Hierdurch erhielt nun der Vermiether ein gerichtliches Specialpfandrecht, welches jetzt weder eine Manumission der auf solche Art in gerichtlichen Beschlag genommenen Sclaven, noch eine Veräußerung der retinirten Sachen weiter gestattete. S. CUJACIUS Observation. Lib. XVII. cap. 39. und *Gregor.* MAJANSIUS Dissertation. iuris civ. Tom. I. Dissert. X. §. 4. pag. 171.

Es ist hiermit die *L. 56. D. locati* zu verbinden, welche ebenfalls aus des PAULUS *libro singulari de officio Praefecti vigilum* genommen, und schon an einem andern Orte[8]) erklärt worden ist. Noch wichtiger aber sind folgende Fragmente.

L. 33. *D. de damno infecto.* ULPIANUS *Lib. XLII. ad Sabinum.* Inquilino non datur damni infecti actio: quia possit ex conducto agere, si dominus cum migrare prohiberet.

L. 34. *D. eodem.* PAULUS *libro X. ad Sabinum.* Utique si pro praeterita pensione satisfacere paratus fuit, *olioquin iusta retentio pignoris domino fieri videretur.* Sed etsi *quasi pignora retinuerit*, et ea interierint ruina vicinarum aedium: potest dici, etiam pigneraticia actione locatorem teneri, si poterat eas res in locum tutiorem transferre.

L. 1. §. 5. *D. de Migrando.* ULPIANUS *libro LXXIII. ad Edictum.* Quodsi nec pignoris nomine inducta sint, nec *retineri* poterunt a locatore.

Wollte man bey dieser Hypothek den Grundsatz: res transit cum suo onere, in seiner ganzen Strenge anwenden, welche gemeinschädliche Zerrüttung des öffentlichen Verkehrs und Credits würde daraus nicht bey der großen Menge der Miethleute, und dem Wechsel, welchem nach der Erfahrung des gemeinen Lebens die häuslichen Geräthe und Meublen eines Miethmanns unterworfen sind, entstehen?

8) S. den 17. Theil dieses Commentars §. 1052. S. 390. f.

stehen [9])? Demnoch sind viele [10]) anderer Meinung, welche zwar dem Miethmann die Veräußerung gestatten, aber nicht anders, als mit der Pfandbeschwerde, so daß die Sachen mit derselben auf den Dritten übergehen, welcher daher jederzeit von dem Locator mit der hypothekarischen Klage belangt werden könne. Nur die aus einem eingebrachten Waarenlager stückweis verkauften Waaren sollen eine Ausnahme machen, als welche frey und ohne Beschwerde auf den Käufer übergehen. Für diese Meinung, welche freylich von den meisten behauptet wird, werden folgende Gründe angeführt. 1) Es sey eine allgemeine Verordnung, welche die *L.* 15. *Cod. de pignorib.* enthält, daß, der Schuldner durch keine Disposition über die verpfändete Sache, weder durch Kauf, noch Schenkung, noch Vermächtniß, die Lage des Gläubigers verschlimmern kön-

9) In dieser Erwägung ist auch in Sachsen den Vermiethern nur ein qualificirtes Retentionsrecht, welches übrigens beym Concurs die volle Wirksamkeit des Pfandrechts hat, an den Invectis und Illatis der Miethleute eingeräumt. S. *Jo. Ad. Th.* KIND Quaestion. for. Tom. II. Cap. 9. und *Christ. Gottl.* HAUBOLD ad *Bergeri* Oecon. iurjs Lib. II. Tit. 5. Th. 6. not. m. pag. 553.

10) *Franc.* BALDUINUS de pignor. et hypothec. Cap. 6. Verb. *Quid si rem suam.* pag. 21. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 96. et 118. *Henr.* ZOESIUS Commentar. ad Dig. h. t. nr. 11. STRUV Syntag. iur. civ. Exerc. XXVI. Th. 16. et MÜLLER ad *Eundem* not. *d. Ge.* FRANTZKIUS Comm. ad Pand. h. t. nr. 8. et 9. *Aug. a.* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXXVI. Cor. 2. von Gmelin Ordnung der Gläubiger Kap. 6. §. 120. S. 525. Meißner vom stillschw. Pfandrecht §. 65. S. 163. u. a. m.

könne, sondern daß, dessen ungeachtet, das Pfandrecht fortdaure. Die Regel: res transit cum sua causa, müße daher auch hier Statt finden. 2) Was von der Manumission aus einer besondern Begünstigung der Freyheit gilt, könne nicht auf die Veräusserung anderer Sachen ausgedehnt werden. 3) Könnte auch das Pfandrecht des Vermiethers leicht vereitelt werden, wenn man dem Miethmann eine particuläre Veräusserung der eingebrachten Sachen gestatten, und dem Vermiether nur ein qualificirtes Retentionsrecht an den noch in der Miethe befindlichen Sachen einräumen wollte. Allein dagegen kommt hier in Betrachtung, 1) daß die Worte der *L.* 9. *h. t.* Est differentia *obligatorum propter pensionem*, deutlich genug die Eigenheit der gesetzlichen Hypothek an den Invectis und Illatis andeuten. 2) Daß nicht nur die *L.* 9. sondern auch die übrigen oben angeführten Gesetze blos von einer Retention sprechen. 3) Daß auch eine Vereitelung der Rechtshülfe wohl nicht leicht bey einem Pfande zu befürchten ist, welches der Gläubiger unter seinen Augen hat, und, ohne Aufsehen zu erregen, nicht leicht fortgeschaft werden kann. Dann ist ja auch der Locator jeden Augenblick, wo er sich nichts Gutes zu dem Conductor versieht, befugt, sein Pfandrecht geltend zu machen, und es in ein, bestimmte Sachen afficirendes, pignus zu verwandeln, welches nun auch gegen jeden Dritten wirksam ist. Diese Verwandlung kann zwar nach Vorschrift der Gesetze nur durch einen gerichtlichen Act vor sich gehen [11]); indessen muß es doch insofern in seiner Discretion ste-

11) *L.* 56. *D. Locati. L.* 20. *D. de iniur. L.* 1. *et.* 2. *C. Ut. nemini liceat sine ind. auctoritate signa rebus impo-*

stehen, daß auf sein einseitiges Anrufen das Pfandrecht provisorisch realisirt wird, damit es, wenn nach ausgemachter Sache die Besorgniß gegründet erscheint, nur exequirt zu werden braucht [12]).

Giebt der Miethmann einen Theil der Sache in Aftermiethe, so sind auch die Illaten des Aftermiethers stillschweigend verpfändet, sofern dieser den Miethzins noch schuldig ist. Sie haften dann 1) dem Sublocator, wegen des diesem schuldigen Aftermiethzinses; aber auch 2) dem ersten Vermiether, insofern nämlich dieser an den Aftervermiether noch Ansprüche hat. Jedoch sind die Sachen des Aftermiethmanns nur bis auf die Summe des noch schuldigen Aftermiethzinses verpfändet, wenn gleich der Sublocator dem erstern Vermiether eine größere Summe schuldig seyn sollte [13]). Ist der Aftermiethmann dem Sublocator nichts mehr schuldig, so haftet auf seinen Sachen

ponere alienis. S. CARPZOV Iurisprud. for. P. II. Constit. 25. Def. 20.

12) Zirkler angef. Revision 2. B. S. 175. f.

13) *Io.* VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 6. *Franc.* CONNANUS Commentar. iuris civ. Lib. IV. cap. 16. Verb. *Quum dicit Paulus.* fol. 306. b. *Ger.* NOODT ad Edictum Praetor. de pactis et transact. cap. 2. §. *Alterum est* etc. in fin. *Operum* T. I. pag. 488. *Jos.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. II. cap. 12. nr. 22. 23 PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 28. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. P. II. h. t. Qu. 17. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1178. not. c. II. Westphal Pfandrecht §. 103. Not. 123. Gesterding Pfandrecht. §. 17. S. 98. f. Meißner vom stillschw. Pfandrecht §. 64. Thibaut Syst. des Pandectenrechts 2. B. §. 642.

chen kein Pfandrecht mehr, wenn gleich der Aftervermiether noch den ganzen Miethzins schuldig wäre [14]). Es kann jedoch der Aftermiethmann das Miethgeld auch an den ersten Vermiether bezahlen, und er wird hierdurch auch von seiner Verbindlichkeit gegen den Aftervermiether befreiet. Auf keinen Fall aber kann der erste Vermiether von dem Aftermiethmann den ganzen Miethzins fordern, welchen ihm der Miethmann schuldig ist. Alles dieses bestätiget folgende Gesetzstelle.

L. 11. §. 5. *D. de pignerat. act.* ULPIANUS *libro XXVIII. ad Edictum.* Solutam autem pecuniam accipiendum, non solum si ipsi, cui obligata res est, sed et si alii sit soluta voluntate eius: vel ei cui heres exstitit, vel procuratori eius, vel servo pecuniis exigendis praeposito. Unde si domum conduxeris, et eius partem mihi locaveris, egoque locatori tuo pensionem solvero, pigneraticia adversus te potero experiri. Nam IULIANUS scribit, solvi ei posse: et si partem tibi, partem ei solvero, tuntundem erit dicendum. *Plane in eam duntaxat summam invecta mea et illata tenebuntur, in quam coenaculum* [15]) *conduxi.* Non enim credibile est hoc convenisse, ut ad universam pensionem

14) S. von Smelin Ordnung der Gläubiger §. 120. S. 518.

15) *Coenaculum* heißt eigentlich der obere Theil eines Hauses. FESTUS sagt, *Coenacula* dicuntur, ad quae scalis ascenditur. Nachher wird auch jedes Zimmer, es sey Wohnzimmer oder Speisesaal (Triclinium) oder Schlafgemach (cubiculum) in den Gesetzen *coenaculum* genennt. *L.* 13. §. 8. *D. de Usufr.* BRISSONIUS de Verb. Signif. h. v. und *Jo.* WUNDERLICH de usu Inscriptionum Rom. vet. Obs. II. §. 11.

nem insulae *frivola* [16]) mea *tenebuntur* [17]). Videtur autem tacite et cum domino aedium hoc convenisse, ut non pactio *coenacularii* [18]) proficiat domino, sed sua propria.

Einige Rechtsgelehrten [19]) wollen zwar diese Stelle so verstehen, daß nur der Aftervermiether ein Pfandrecht an den Sachen des Aftermiethmanns habe, aber nicht der erste Vermiether, weil zwischen diesem und dem zweyten Miethmann keine obligatio contrahirt sey. Sie glauben auch einen starken Beweis für ihre Behauptung in der *L.* 24. §. 1. *D. Locati* gefunden zu haben, wo ausdrücklich ge-

16) *Frivola* sind eigentlich nach FESTUS vasa fictilia quassa. Hier wird das Wort pro supellectili tenui et vili genommen, dergleichen die coenacularii mit sich zu führen pflegten. IUVENAL. Sat. III. v. 198. SENECA *de tranquillitate animi c.* 1. S. *Guil.* BUDAEI Annotation in Pand. ad h. L. pag. 132. und *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. VI. c. 25. §. 6.

17) So lieset die Taurelliſche Ausgabe. Allein unſer Cod. Pand. Erlang. hat *teneantur*, wie auch Haloander lieſet.

18) *Coenacularius* heißt nicht nur derjenige, der eine Wohnung gemiethet hat, ſondern es wird auch der Vermiether ſo genennt, und von denjenigen, welche Häuſer zu miethen pflegen, um ſie wieder in Aftermiethe zu geben, geſagt, coenacularium exercere. S. BRISSONIUS v. *Coenacularius*, und BALDUINUS de pignoribus. Cap. 6. pag. 19.

19) *Ant.* PEREZ Praelect. in Cod. h. t. nr. 4. *Car. Frid.* WALCH Introduct. in controvers. iuris civ. Sect. II. Cap. V. §. 14. und *Christ. Gottl.* GMELIN Comm. de iure pignoris vel hypoth. quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. §. 25. pag. 79.

gesagt werde, wenn der Pächter das Grundstück sublocirt hätte, so hafteten die Sachen des Afterpächters dem ersten Verpächter nicht, die Früchte aber blieben dem Pfandrechte desselben unterworfen, eben so, als ob sie der erste Pächter selbst eingeärndet hätte. Der Grund sey, weil der Eigenthümer an den Früchten schon vorher ein dingliches Recht gehabt habe, ehe sie an den zweyten Pächter gekommen waren. Dieser Grund aber falle bey den übrigen Sachen des Pächters weg, welche er noch sonst eingebracht hat. Noch deutlicher aber soll diese Behauptung aus *L.* 53. *D. de action. emti venditi* hervorgehen, wo gesagt werde, wenn beym Verkaufe eines Hauses mit dem Käufer verabredet worden, daß er den Hausmiethzins mit dem Hause erhalten solle, und der Miethmann das Haus um ein höheres Miethgeld an einen Dritten wieder vermiethet hätte, so erhalte der Käufer nur den Miethzins, den der Verkäufer von dem Miethmann fordern konnte, nicht den Aftermiethzins. Hieraus schließt man, da der Vermiether von dem zweyten Miethmann keinen Miethzins fordern könne, so habe er auch kein Pfandrecht an den von ihm eingebrachten Sachen.

Allein diese Meinung ist offenbar ungegründet. Die angeführten Gründe finden sämmtlich ihre Widerlegung von selbst in der *L.* 11. §. 5. *D. de pignerat. act.* wie aus einer näheren Erläuterung derselben klar hervorgehen wird. Es wird nämlich darin die Frage entschieden, wie weit die Invecta und Illata des zweyten Miethmanns wegen des Miethzinses haften? ob für den ganzen Miethzins, für welchen der Eigenthümer das Haus vermiethet hat, oder nur bis auf die Summe, für welche der erste Abmiether dem

dem zweyten Miethmann einen Theil des Hauses in Aftermiethe gegeben hat? Wie hätte diese Frage entstehen können, wenn nicht die Invecta und Illata des Aftermiethmanns dem Pfandrecht des Eigenthümers des Hauses unterworfen wären? Wäre es nicht eine ganz vergebliche Erinnerung des großen Ulpianus gewesen, zu sagen, die Invecta und Illata des zweyten Miethmanns hafteten nur bis auf die Summe, für welche er die ihm von dem ersten Miethmann wieder abgelassenen Zimmer gemiethet hat? ja wäre nicht ganz abgeschmackt und lächerlich der beygefügte Grund, es sey nicht zu vermuthen, daß der zweyte Miethmann seinen Hausrath für die ganze Hausmiethe habe verpfänden wollen; wenn hier blos von einem Pfandrecht des ersten Miethmanns, als Aftervermiethers, die Rede wäre, weil ja dieser vernünftiger Weise nicht mehr von seinem Miethmann verlangen kann, als den ihm versprochenen Miethzins? Gerade so absurd wäre die Frage gewesen, welche Marcian *L. 5. pr. D. In quibus causis pignus* entscheidet, ob auch die Invecta desjenigen dem Eigenthümer des Hauses unterpfändlich hafteten, welchem der Miethmann in einem Theile des gemietheten Hauses die unentgeldliche Wohnung gestattet hat, wenn dem Eigenthümer kein Pfandrecht an den Sachen desjenigen zustände, welchem er einen Theil des Hauses in Aftermiethe gegeben hat. Denn wäre Letzteres nicht, so verstünde sich ja das Erstere schon von selbst! Allein, sagt man, wie kann der Eigenthümer des Hauses ein Pfandrecht an den Illaten des Aftermiethmanns haben, mit welchem er nicht contrahirt hat? Der Subconductor ist ja demselben auf keine Weise verpflichtet. Würde es nun nicht den Rechtsgrundsätzen offenbar entgegenstreiten, wenn man behaupten

wollt-

wollte, daß aus dem Vertrage, den der Aftermiethmann mit dem ersten Miethmann geschlossen hat, der Eigenthümer des Hauses ein Recht erwerben könne?

Allein dieses ist ja gerade der Einwurf, welchen Ulpian schon selbst beantwortet. Man betrachte doch nur die Worte: *Videtur autem* TACITE *et cum* DOMINO AEDIUM *hoc convenisse, ut non pactio* COENACULARII *proficiat domino, sed* SUA PROPRIA, etwas genauer. Ulpian will hier sagen, wenn gleich zwischen dem zweyten Miethmann und dem ersten Vermiether kein Contract geschlossen worden ist, so werde doch rechtlich angenommen, es sey zwischen ihm und dem Eigenthümer des Hauses dadurch, daß er seine Sachen in den Theil des Hauses, den ihm der erste Miethmann in Aftermiethe gegeben hat, eingebracht habe, und der Eigenthümer dieses Einbringen ohne Widerspruch habe geschehen lassen, eine stillschweigende Uebereinkunft getroffen worden, daß ihm desselben Invecta und Illata für den Miethzins, den ihm der erste Miethmann schuldig wäre, verpfändet seyn sollten. Dieß ist nun auch der Rechtstheorie vollkommen gemäß. Denn man kann ja für eine fremde Schuld seine Sachen verpfänden [20]). Accedit igitur, sagt Averanius [21]) pignus alienae obligationi, quod fieri posse non dubitatur, et ideo accedit alienae obligationi, quia obligatio propria secundi conductoris pendet ab obligatione primi, et cum ea conjun-

20) *L. 20. pr. D. de pignerat. act.*

21) Interpretat. iuris Lib. II. Cap. 12. nr. 23. pag. 205. (*Lugduni* 1751. 4.)

juncta est, atque connexa: adeo ut licet nemo, solvens creditori sui creditoris, ipso iure liberetur[22]); tamen secundus conductor recte solvat domino aedium, hoc est, creditori sui creditoris. Es kam also nur noch darauf an, näher zu bestimmen, wie weit die Sachen des Aftermiethers für die Schuld des erstern Miethmanns dem ersten Vermiether haften sollten? Hierauf antwortet nun Ulpian, es sey nicht zu vermuthen, daß eine solche Uebereinkunft werde getroffen worden seyn, als sollten die Invecta des zweyten Miethmanns für den ganzen Hausmiethzins haften, welchen der erste Abmiether dem Eigenthümer des Hauses schuldig wäre; sondern nur bis auf die Summe, für welche dem zweyten Miethmann der Theil des Hauses, den ihm der erste Conductor abgelassen hat, in Aftermiethe gegeben worden ist. Selbst die Natur des Pfandcontracts, als eines contractus bonae fidei, läßt keine andere Auslegung zu. Denn da der Aftermiethmann nur einen Theil des Hauses besitzt, und also nur einen Theil des Miethzinses bezahlt, wie könnten demselben Illata dennoch dem ersten Vermiether für den ganzen Hausmiethzins haften sollen? Zwar kann dieses ohne Zweifel durch einen ausdrücklichen Vertrag festgesetzt werden, mit eben dem Rechte, wie man auch für eine fremde Schuld sein Vermögen verpfänden kann: allein daß dieses stillschweigend unter ihnen bedungen worden sey, wer sollte dieses glauben? Nach dieser Ansicht ist es also den Rechtsprincipien keinesweges entgegen, wenn behauptet wird, daß die Sachen des Aftermiethmanns auch dem Eigenthümer des Hauses verpfändet sind. Denn, die-

22) *L. 6. D. de doli mali except.*

dieſes Pfandrecht giebt dem Eigenthümer nicht der Vertrag, welcher, wie **Ulpian** ſagt, zwiſchen dem coenacularius, ſo heißt hier der erſte Miethmann, von welchem der zweyte einen Theil des Hauſes in Aftermiethe erhalten hat[23]), und dem Aftermiethmann geſchloſſen worden iſt, ſondern ſein eigener Vertrag, welcher zwiſchen ihm und dem Subconductor, als ſtillſchweigend geſchloſſen, rechtlich fingirt wird, nämlich dadurch, daß dieſer ſeine Sachen in das Haus eingebracht hat, und der Eigenthümer dieſes Einbringen hat geſchehen laſſen. Denn ſo wie die Invecten des erſten Miethers auf den Grund eines ſtillſchweigenden Vertrags dem Vermiether geſetzlich verpfändet ſind, wenn gleich wegen deren Verpfändung zwiſchen dem erſten Vermiether und dem erſten Miethmann kein Vertrag geſchloſſen worden iſt; ſo wird auch zwiſchen dem zweyten Miethmann und dem erſten Vermiether eine gleiche ſtillſchweigende Convention fingirt, wenn jener ſeine Sachen einbringt, daß nämlich deſſelben Invecta, obwohl nur bis auf die Summe des Aftermiethzinſes, dem letztern verpfändet ſeyn ſollen, wenn auch über deren Verpfändung nichts verhandelt worden iſt[24]).

23) So erklärt dieſen Ausdruck auch POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. VIII. not. i. wo er noch hinzufügt: *Coenacularius* ex eo dicitur, quia totas aedes conducit, ut singula coenacula inquilinis locet, quaestus faciendi causa. Unrichtig verſtehen hier unter dem *coenacularius* mehrere den Subconductor. BALDUINUS de pignorib. Cap. 6. p. 19. CONNANUS Commentar. iur. civ. Lib. IV. c. 16. fol. 306. b. und GMELIN Comm. cit. de iure pignoris. §. 25. p. 79.

24) Man vergleiche hier vorzüglich *Ant.* FABER Rational. in Pand.

Noch viel schwächer ist der andere Grund, der für die verneinende Meinung aus *L.* 24. §. 1. *D. locati* hergenommen wird, obwohl darin besonders Walch duo eaque gravia documenta, wie er sich ausdrückt, zur Bestärkung seiner Meinung, will gefunden haben, quum non solum neget, res posterioris conductoris domino obligari, ubi colonus fundum locaverit; sed etiam addat, fructus solum in causa pignoris manere. Ich muß gestehen, daß ich die Stärke dieses Beweises nicht zu begreifen vermag. Das Gesetz scheint mir vielmehr gar nichts zu beweisen. Bey der Verpachtung eines praedii rustici sind ja nicht die eingebrachten Sachen des Pächters, sondern nur die Früchte dem Verpächter stillschweigend verpfändet[25]). Natürlich konnte ihm also noch weniger ein Pfandrecht an den Sachen des Afterpächters zustehen. Nun sind ja aber gerade die Invecta und Illata eines Miethmanns bey praediis urbanis dem Vermiether stillschweigend verpfändet, und daß sich dieses Pfandrecht auch auf die Invecta des Aftermiethmanns erstrecke, hat ja Ulpian *L.* 11. §. 5. *D. de pign. act.* deutlich genug gesagt. Eben so wenig gehört die noch ausserdem von Walch angeführte *L.* 53. *D. Locati* hierher. Der Bürge des Afterpächters haftet freylich dem ersten Verpächter nicht, weil jener mit diesem in gar keinem Vertrags-

Pand. ad L. 11. §. 5. D. de pignerat. act. P. III. Tom. I. pag. 614. *Reinh.* BACHOVIUS de pignorib. et hypoth. Lib. I. Cap. 11. nr. 6. POTHIER cit. loc. not. h. pag. 564. und *Aut.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. LXXVI. Thes. 9.

25) *L.* 4. *pr. D. h. t.*

trags verhältniß stehe [26]). Allein zwischen dem Aftermiethmann und dem ersten Vermiether nimmt ja Ulpian *L.* 11. §. 5. *D. de pign. act.* eine tacita conventio an, wodurch ein Pfandrecht an den Invectis und Illatis des zweyten Miethmanns begründet wird. Mehr Schein hat der Grund, den Anton Perez und Georg Ad. Struv [27]), der ihm beystimmt, aus *L.* 53. *D. de action. Emti et Vend.* herleiten wollen. Er beweißt aber auch so viel als gar nichts. Der Verkäufer konnte ja dem Käufer des Hauses nicht mehr abtreten, als er selbst von dem Miethmann desselben an Miethzins zu fordern hatte. Hatte nun dieser das Haus einem Dritten um einen höhern Miethzins sublocirt, so konnte ja der Verkäufer solchen nicht verlangen [28]).

Ein besonderes gesetzliches Pfandrecht stehet ferner

II. dem Verpächter eines *praedii rustici* an den auf dem gepachteten Grundstück gebaueten Früchten zur Sicherheit seiner Pachtforderungen zu. Dem Alter nach macht vielleicht diese Hypothek jener, welche dem Vermiether eines praedii urbani zusteht, den Vorzug streitig [29]). Zwar hat sich Neratius darüber nicht so bestimmt erklärt, als welcher *L.* 4. *h. t.* nur im Vorbeygehen sagte: in praediis rusticis contra observatur. Allein gewiß war sie zu seinen Zeiten so bekannt, als diejeni-

26) S. §. 1064. S. 56. Man sehe auch der Gebr. Overbek Meditationen über verschied. Rechtsmaterien. 4. B. Medit. 251.

27) Syntag. iuris civ. P. II. Exerc. XXVI. Th. 16.

28) S. Westphal Lehre des gem. Rechts vom Kaufe. §. 626.

29) S. *Traug.* THOMASIUS Diss. de origine et progressu hypothecar. tacitar. ex LL. Rom. §. 10.

jenige, worüber er sich so ausführlich äußerte. Auch diese Hypothek war ursprünglich eine ausdrückliche, und wurde, wie jene, weil sie bey Verpachtungen der fruchttragenden Grundstücke eben so gewöhnlich war, durch den Gerichtsgebrauch nach und nach in eine stillschweigende verwandelt. Es erhellet dieses aus folgenden Gesetzstellen.

L. 61. §. 8. D. de furtis. AFRICANUS *libro VIII. Quaestionum.* Locavi tibi fundum, et, *ut advolet*, convenit, *uti fructus ob mercedem pignori mihi essent*: si eos olam deportaveris, furti tecum agere posse aiebat: sed et si tu alii fructus pendentes vendideris, et emtor eos deportaverit, consequens erit, ut in furtivam causam eos incidere dicamus: etenim fructus, quamdiu *solo* [30]) cohaereant, fundi esse, et ideo colonum, quia voluntate domini eos percipere videatur, suos fructus facere: quod certe in proposito non aeque dicitur: qua enim ratione coloni fieri possint, cum emtor eos suo nomine cogat?

L. 7. D. In quibus caus. pignus. POMPONIUS. *Libro XIII. ex variis Lectionibus.* In praediis rusticis

30) So lieset Taubellius. Allein CUJACIUS Tract. VIII. ad Africanum h. l. behauptet, in den Florentinischen Pandecten stehe *suo loco*. Diese Leseart bestärken auch die *Basilica* Lib. VII. p. 305. welche τῷ ἰδίῳ τόπῳ haben. Und daß die Alten *suo loco* wirklich SOLO oder SO. LO. geschrieben haben, hat *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. IV. c. 20. in fin. pag. 285. aus einer Stelle des FESTUS voc. *Solicitare* bewiesen. SOLICITARE, sagt er, *quidam dictum putant, ut citare ex* SOLO, *quod est ex suo loco*. Die meisten Handschriften und Ausgaben lesen indessen *Solo*, wie in dem Gebauerischen Corpus iuris civilis bemerkt wird.

cis *fructus*, qui ibi nascuntur, *tacite intelliguntur pignori esse domino fundi locati, etiamsi nominatim id non convenerit.*

L. 53. *D. Locati.* PAPINIANUS *Libro XI. Responsorum.* Qui fideiussor exstitit apud mancipem pro colono publicorum praediorum, quae manceps ei colono locavit, Reipublicae non tenetur: *sed fructus in eadem causa pignoris manent.*

L. 24. §. 1. *D. eodem.* PAULUS *libro XXXIV. ad Edictum.* Si colonus locaverit fundum, res posterioris conductoris domino non obligantur: *sed fructus in causa pignoris manent*, quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset.

Diese gesetzliche Hypothek ist eben eben so, wie jene erstere, auf die Fiction eines stillschweigenden Vertrags gegründet; war aber wohl schon früher, als jene, auch ausserhalb Rom, in den Provinzen des Römischen Reichs bekannt[31]). Denn Justinian redet in der *L.* 7. *C. h. t.* nur von invectis a conductore rebus et illatis, quae domino pro pensionibus tacite obligantur. Es scheint sogar die Einführung der actio Serviana selbst dadurch veranlaßt worden zu seyn, welche der Prätor allem Ansehen nach an die Stelle der schwierigen rei vindicatio setzte. Denn es war ein uralter Rechtssatz, welcher in den Institutionen[32]) den zwölf Ta-

31) CONNANUS Commentar. iuris civ. Lib. IV. cap. 16. pag. 305. b. in fin.

32) §. 41. *I. de Rer. divis.* Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. §. 90.

Tafeln zugeschrieben wird, daß der Käufer das Eigenthum der gekauften und übergebenen Sache nicht eher erwerbe, als bis er bezahlt, oder sonst den Käufer befriediget hat. Pacht und Kauf sind sich nun fast in allen Stücken so ähnlich, daß man ehemals sogar die Namen vertauschte [33]). Der Pächter erwarb also zwar das Eigenthum an den Früchten durch Perception, wozu ihm auch der Pachtcontract ein Recht gab, allein nur unter der Bedingung, wenn er das Pachtgeld dafür entrichtete. Bezahlte also der Pächter das Pachtgeld nicht, so konnte der Eigenthümer des Grundstücks die Früchte, welche der Pächter eingeärndet hatte, vindiciren [34]). Allein wie selten glückte die Vindication einer res nec mancipi, auch schon wegen des schweren Beweises der Identität [35])? Daraus erklärt sich nun, warum gerade bey Verpachtungen der fruchttragenden Grundstücke zuerst die actio Serviana eingeführt wurde [36]). Die gesetzliche Hypothek, von welcher wir hier handeln, steht also

I. dem

33) S. den 17. Th. des Commentars §. 1044. S. 272.

34) Man sehe hier *Io. Th.* SEGER Epistola zu der unter seinem Vorsitz von SCHNORR vertheidigten Diss. de pignoribus tacite contractis, und KIND Quaest. for. Tom. II. cap. 9. pag. 71.

35) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts, §. 195. der 5. Auflage.

36) *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Dec. LXXVII. Th. 2. meint zwar, wegen der verpfändeten Früchte habe nur die actio quasi Serviana Statt gehabt, weil der Prätor in seinem Edikt nichts von Früchten gesagt habe. Allein man sehe VINNIUS Comm. ad §. 7. I. de action. nr. 8.

I. dem Verpächter eines praedii rustici, d. i. eines, in der Hauptsache zur Fruchterwerbung bestimmten Grundstücks, zu, es sey ein Acker, oder Wiese, oder Weinberg, oder Wald, oder Garten, oder Weiher. Dieses Pfandrecht bleibt unverändert, wenn auch das Grundstück weiter verpachtet worden ist. Es haftet dem ersten Verpächter für den ganzen Pachtzins, wenn auch der zweyte Pächter dem Afterverpächter ein geringeres Pachtgeld versprochen hätte [37]). Die Früchte bleiben daher dem ersten Verpächter ganz verpfändet, nicht anders als hätte der Pächter die Früchte des Pachtguts selbst eingeärndet, wenn gleich der zweyte Pächter nichts mehr schuldig wäre. Ob aber diese Hypothek jedem Verpächter, oder blos dem Eigenthümer des Grundstücks zustehe, ist zweifelhaft. Die Gesetze sprechen freylich überall nur vom Eigenthümer. Daher schränken auch viele Rechtsgelehrten [38]) diese Hypothek blos auf den Eigenthümer ein. Allein eben so viele andere [39]) schreiben sie dagegen jedem Verpächter über-

37) VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 7.

38) BALDUINUS de pignorib. Cap. 6. Verb. *Sed quid in rusticis.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 9. Meißner angef. Darstellung §. 69. Thibaut System des Pand. Rechts 2. B. §. 642. Nr. IV. und Hufaland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 799. not. g.

39) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 124. Westphal Pfandrecht §. 102. von Gmelin Ordnung der Gläubiger. Kap. 6. §. 121. S. 529. a. E. u. f. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. III. §. 572. nr. III. ERXLEBEN Princip. de iure pignor. §. 89. Weber Versuche über das Civilrecht. Nr. II. §. 1. S. 81. Zachariä Institutionen des Röm-

überhaupt zu; mithin auch dem Afterverpächter; ja selbst dem Usufructuar, wenn er das nutznießliche Guth verpachtet hat. Diese letztere Meinung verdient auch wohl den Vorzug. Denn es beruhet ja dieses Pfandrecht mit dem stillschweigenden Pfandrecht des Vermiethers eines prcedii urbani auf einerley Grunde, nämlich dem eines vermutheten Vertrags. Ut enim, qui locant aedes, cavere sibi solent pignoribus rerum illatarum, sagt Baldwin[40]) sic qui locant agros, pignoribus fructuum. Haftet es also vorzüglich zur Sicherheit des Pachtgeldes, so muß es auch natürlich einem jeden zustehen, dem das Pachtgeld zu bezahlen ist. Daß die Gesetze gerade vom Eigenthümer sprechen, ist wohl sehr zufällig; denn daraus folgt noch nicht, daß es nur diesem allein zustehen solle, weil ja kein Grund vorhanden ist, einen andern Verpächter von diesem Recht auszuschließen. Es versteht sich freylich, daß die Hypothek des ersten Verpächters vorgehe, so lange der erste Pächter den Pachtzins nicht bezahlt hat. Ist aber dieser dem ersten Verpächter nichts mehr schuldig, warum solle sich der Afterverpächter nicht jetzt an die Früchte halten dürfen, wenn ihm der Unterpächter noch den Pachtzins schuldig ist?

II. Die Forderungen, zu deren Sicherheit diese Hypothek dient, sind unstreitig diejenigen, welche aus dem Pachtcontract entspringen. Sie gereicht also dem Verpächter zunächst zur Sicherheit des schuldigen Pachtzinses; eini-

Röm. Rechts Lib. II. Tit. 5. S. 353. Schweppe Röm. Privatrecht. 1. B. §. 304. Makeldey Lehrbuch der Institutionen §. 333. u. a. m.

40) De pignorib. Cap. 6. §. *Postremo* pag. 24.

doch ist sie darauf nicht blos allein einzuschränken, wie einige thun[41]); sondern sie steht dem Verpächter auch wegen des am Pachtgute verursachten Schadens zu, auf dessen Ersatz der Pächter mit der actio locati belangt werden kann. Denn die Gesetze reden allgemein[42]).

III. Der Gegenstand dieses Pfandrechts sind blos die auf dem verpachteten Grundstück erzeugten Früchte (fructus, qui ibi nascuntur) nicht aber andere Sachen, welche der Pächter etwa in das gepachtete Gut inferirt hat, wofern nicht derentwegen eine besondere Verpfändung geschehen ist. Denn Neratius sagt in der oben angeführten Stelle[43]) ganz ausdrücklich, daß nur bey den praediis urbanis dem Vermiether ein stillschweigendes Pfandrecht an den Invectis et Illatis zustehe; hingegen bey den praediis rusticis sey es anders. Und Pomponius[44]) bestimmt dieses noch näher dahin, daß bey den letztern Grundstücken sich das stillschweigende Pfandrecht nur auf die darauf gewachsenen Früchte erstrecke. Der Grund dieses Unterschiedes war, weil bey den praediis rusticis der Verpächter schon durch die Früch-

41) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 1178. I. 2. MEISTER Ius Rom. priv. T. I. §. 358.

42) S. CONNANUS Commentator. iuris civ. Lib. IV. cap. 16. Fol. 306. b. v. Gmelin Ordnung der Gläubiger Kap. 6. §. 121. S. 531. Westphal Pfandrecht. §. 102. Dabelow vom Concurse der Gläubiger. S. 195. Meißner vom stillschweigenden Pfandrecht §. 70. und Gesterding Pfandrecht §. 17. S. 100. a. E.

43) *L. 4. D. h. t.*

44) *L. 7. D. eodem.*

Früchte, um deren willen sie gepachtet wurden, hinlänglich gesichert war. Man konnte hier also im Zweifel nicht vermuthen, daß der Verpächter eine andere Sicherheit verlangt habe; oder daß der Pächter seine invecta habe verpfänden wollen. Daher reden auch überall die Gesetze nur von einer ausdrücklichen Verpfändung derselben [45]). Ganz anders verhält es sich mit den praediis urbanis. Denn da solche Grundstücke zum bloßen Gebrauche bestimmt sind, und keine weiteren Früchte hervorbringen; so konnte hier freylich keine andere Sicherheit beabsichtiget seyn, als welche durch die Invecta und Illata des Miethmanns geleistet wurde [46]). Dennoch glauben viele [47]), durch die Glosse verleitet, dieß sey durch das neuere Recht aufgehoben worden. Denn nach *L. 5. Cod. de locato* habe auch der Verpächter eines praedii rustici ein stillschweigendes Pfandrecht an den Inductis und Illatis des Pächters; nur mit dem Unterschie-

45) *L.* 11. §. 2. *D. Qui potior. in pignore. L.* 5. *C. In quib. caus. pignus. L.* 5. *Cod. de locato.* §. 3. *I. de Interdictis.*

46) *Aut.* FABER de Errorib. Pragmat. P. III. Dec. LX. Err 9. BARBOSINUS c. l. pag. 24. *Aug.* DONELLUS de pignorib. Cap. 4. in fin.

47) *Udalr.* ZASIUS Enarrat. in Tit. Inst. de Action. ad §. 7. nr. 6. MERLINUS de pignoribus Lib. II. Tit. 2. Qu. 66. nr. 6. MEVIUS P. IV. Decis. 127. BRUNNEMANN Commentar. in Cod. ad L. 5. de locato et conducto. *Helf.* HUNNIUS Var. Resolution. iuris civ. Lib. III. Tract. III. P. V. Qu. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 104. *Io. Claud. Nic.* GOLBERG Diss. de invectorum et in praedium rusticum illatorum hypotheca tacita. *Argent.* 1749.

ſchiede, daß erſterer die Illation müße gewußt haben, dahingegen dem Vermiether eines praedii urbani auch an den ohne ſein Wiſſen eingebrachten Sachen des Miethmanns ein geſetzliches Pfandrecht zuſtehe. Allein man darf nur die Worte des angeführten Geſetzes genauer betrachten, ſo wird man ſich überzeugen, daß dadurch kein neues Recht habe eingeführt werden ſollen, ſondern daß darin von einer ausdrücklich verabredeten Verpfändung der eingebrachten Sachen des Pächters die Rede ſey[48]). Das Geſetz, deſſen Worte ſchon

48) Nach einer Bemerkung des Cujaz in Recitationib. Solemn. in libros Cod. ad Tit. In quib. causis pignus etc. war FORTUNIUS GARSIAS *in L. 5. D. h. t.* der erſte, welcher die *L. 5. Cod. de locato* auf dieſe richtige Art erklärte. Ihm folgten, nach Cujaz, *Franc.* CONNANUS Commentarior. iuris civ. Lib. IV. cap. 16. fol. 306. *Hug.* DONELLUS de pignorib. Cap. 4. Verb. *Exstat tamen rescriptum Alexandri. Reinh.* BACHOVIUS de pignorib. et hyp. Lib. I. Cap. 11. nr. 3. *Ant.* FABER de errorib. Pragmaticor. Dec. LX. Err. 7. et 8. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. LXXVII. Th. 1. *Ger.* NOODT ad Edictum Praetoris de pactis et transact. cap. 2. *Oper.* T. I. pag. 425. *Arn.* VINNIUS Comm. ad §. 7. I. de action. n. 8 *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 9. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 14. Weſtphal Pfandrecht §. 102. von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 121. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1178. not. g. KIND Quaest. for. T. II. cap. 9. Meißner §. 72. u. a. Von einen ſtillſchweigenden Conventional-Pfandrecht erklärte hingegen die *L. 5. C. de locato Fr.* BALDUINUS de pignorib. Cap. 6. Dieſe Meinung ſuchte Weber in den Verſuchen über das Civilrecht S. 108. ff. mit neuen Gründen zu unterſtützen. Ihm ſind auch Dabelow vom Concurſe der Gläu-

schon an einem andern Orte[49]) angeführt, und bey einer andern Gelegenheit[50]) erklärt worden sind, ist ein Rescript des Kaisers Alexander. Da die Kaiser in ihren Rescripten nur nach dem gemeinen Recht sprachen und entschieden; so ist es eine Regel der Hermeneutic, die in dem Codex enthaltenen Rescripte, so viel möglich, mit dem Pandectenrecht zu vereinigen, und diesem gemäß zu erklären[51]). Daß nun der Kaiser Alexander auch hier nur nach dem gemeinen Recht habe entscheiden wollen, setzen schon gleich die Anfangsworte: *Certi iuris est*, außer allem Zweifel. Würden auch Ulpian[52]), Paulus[53]) und Papinian[54]), welche zu den Zeiten des Kaisers Alexander Severus lebten, die Hypothek an den Illatis auf die praedia urbana beschränkt, und bey den praediis rusticis blos der Früchte gedacht haben, wenn sich die Hypothek bey den letztern auch schon ohne Vertrag auf die Invecta und Illata des Pächters erstreckt hätte? Daß selbst Justinian hierin nichts geändert habe, ergiebt sich theils aus der *L. ult. Cod. h. t.* wo er blos die Hypothek an den Illatis bey den praediis urbanis bestätiget, theils aus dem, was in den In-

Gläubiger S. 196. und GÜNTHER Princ. iur. Rom. T. II. §. 670. beygetreten. Allein man sehe dagegen MEISSNER S. 184. f.

49) S. oben S. 407.

50) S. §. 1082. Not. 36. S. 305. f.

51) S. THIBAUT Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts §. 38.

52) *L. 3. et 6. D. h. t.*

53) *L. 4. D. de pactis. L. 24. §. 1. D. Locati.*

54) *L. 53. D. Locati.*

Institutionen vom Salvianischen Interdict gelehrt wird, welches dem Verpächter zustehen soll, um den Besitz von den Sachen des Pächters zu erhalten, quas pro mercedibus fundi pignori futuras *pepigisset* [55]).

IV. Der Anfang dieses Pfandrechts ist die Zeit der Perception der Früchte, nicht, wie einige [56]) behaupten wollen, die Zeit des geschlossenen Pachtcontracts. Denn so lange die Früchte noch nicht abgesondert sind, machen sie einen Theil des Grundstücks aus, und sind also Eigenthum des Verpächters [57]). Es kann folglich von einem Pfandrechte desselben keine Rede seyn [58]). Allein durch die Perception, d. h. durch Apprehension des Besitzes, wozu der geschlossene Contract dem Pächter ein Recht giebt, geht das Eigenthum der Früchte von dem Eigenthümer des Grundstücks, wie durch eine wahre Tradition, auf den Pachter über [59]). Mit diesem Aufhören des Eigenthums des Verpächters an den Früchten nimmt nun das gesetzliche Pfandrecht desselben an den Früchten seinen Anfang [60]). Es müssen aber die Früchte ent-

55) §. 3. *I. de Interdictis.*

56) *Io. Henr. de* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 5. Th. 6. not. 1. VOET Comm. h. t. §. 2.

57) *L.* 44. *D. de rei vindicat.*

58) *L.* 45. *D. de div. Reg. iuris.*

59) *L.* 78. *D. de rei vind. L.* 61. §. 8. *D. de furtis.* Von Savigny Recht des Besitzes §. 22. S. 257.

60) *L.* 24. §. 1. *D. Locati.* MALBLANC Princ. iur. Rom. P. III. §. 572. Nr. III. HOFACKER Princ. iur. civ. Rom. Germ.

entweder von dem Pächter ſelbſt, oder von einem Andern mit ſeiner Einwilligung z. B. von einem Afterpächter erhoben worden ſeyn[61]). Hat ſie alſo ein Dritter, ohne den Willen des Pächters, für ſich bezogen, ſo entſteht kein Pfandrecht an denſelben[62]).

Die Hypothek des Verpächters dauert fort, ſo lang der Pachtzins nicht bezahlt iſt, und die Früchte nicht verbraucht, ſondern noch in Natur vorhanden ſind. Hingegen durch die Veräuſſerung der Früchte wird ſie nicht aufgehoben, ſondern ſie kann auch gegen den Dritten mit der hypothekariſchen Klage geltend gemacht werden, welcher die Früchte erweislich noch unverändert und unvermiſcht beſitzt[63]). Dahingegen iſt der aus dem Verkaufe derſelben gelößte Werth ſo wenig, als die damit erkauften Sachen, dieſem Pfandrecht unterworfen[64]).

Germ. T. II. §. 1178. von Gmelin Ordnung der Gläubiger. §. 121. S. 530. Meißner §. 73. Geſterding §. 17. S. 100.

61) *L.* 24. §. 1. *L.* 53. *D. Locati.* Meißner §. 71.

62) LAUTERBACH Coll. th pract. Pandect. h. t. §. 124.

63) LAUTERBACH c. l. §. 124. von Gmelin S. 531.

64) Arg. *L.* 3. *Cod. h. t.*

Verbeſſerungen und Zuſätze.

S. 214. Not. 44. iſt noch hinzuzufügen *Frid. Theoph.* RAMM Diss. de concursu hypothecae generalis prioris et posterioris in rebus post utramque adquisitis. *Giessae* 1791.

S. 216. Not. 45. Z. 2. iſt ſtatt *futaris*, futuris zu leſen.

S. 296. Not. 14. iſt hinzuzufügen. *lo. Ad. Theoph.* KIND Quaestion. for. Tom. IV. Cap. 12.